Die Bürgschaft als Sicherheitsleistung im Prozeß

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatwissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Dietrich Paetzold
aus Kynau (Bez. Breslau)
Gerichtsreferendar
im Bezirk des Kammergerichts
Berlin

1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau i. Schl.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatwissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Süß

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0150

Literaturverzeichnis.

Arons: Die Bürgschaft als prozessuales Sicherheitsmittel in LZ. 1927, 1192.
Bandmann: Die Zwangsmiete im Mietgericht 1926, 77 ff., 92 ff.
Baumbach: Die Zivilprozeßordnung mit dem Gerichtsverfassungsgestz, 4. Aufl., Berlin 1928.
Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren i. Ihr.J. 32, 66 ff.
Bredenkamp: Sicherheitsleistung durch Bürgschaft in JW. 1927, 1306 und S. 2452.
Breit: Ueber die Gefährdung der Bank bei Uebernahme von Prozeßsicherheitsbürgschaften. In Bankarchiv 1926, 73.
Breit: Sicherheitsleistung durch Bürgschaft im Prozeß. In Jur. Rdsch. 1926, 161 ff., 213 ff.
Curtius: Parlamentarisches zur Zivilprozeßreform. In JW. 1924, 355 ff.
David: Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. In JW. 1927, 2429.
Dernburg: System des Römischen Rechts. (Der Pandekten 8. Aufl.) Berlin 1911.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 15./17. Aufl. Marburg 1925.
Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Berlin 1914.
Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl., Berlin. 1926.
Freudenthal-Sauerländer: Die Zivilprozeßordnung. 4. Aufl., München 1926.
Genzmer: Der Zwangsmietvertrag in DJZ. 1922, 346.
Goldschmidt: Die neue Zivilprozeßordnung mit systematischer Einleitung und Erläuterung der neuen Bestimmungen. Berlin 1924.
Heilberg: Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. In JW. 1924, 355 ff.
Heilfron-Pick: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl., Berlin 1921 mit Nachtrag 1924.

Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung. Hannover 1914.
Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Vollendet von Oertmann. Leipzig 1919.
Kann: Die Zivilprozeßordnung mit Erläuterung der neuen Vorschriften. Berlin 1924.
Kisch, Wilhelm: Deutsches Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. Leipzig 1911.
Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl., Berlin 1925.
Lucas-Richter: Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. 2. 24. Berlin 1924.
Mannheim: Der Zwangsvertrag als neue Rechtsform. In PrVBl. 1922, 255 ff.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1896.
Neumiller: Die Zivilprozeßordnung. 3./4. Aufl. München-Berlin 1911.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena 1920.
Oertmann: Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2./3. Aufl. Erlangen-Leipzig 1927.
Pick: Die Bürgschaft als prozessuales Sicherheitsmittel in Bankarchiv 1927, 349.
Planck: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. München 1896.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. 1897.
Reichel: Schuldmitübernahme. München 1909.
Reichel: Sicherheitsleistung durch Personalinterzession. In JW. 1927, 1625.
RG.-Räte: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl. Berlin-Leipzig. 1928.
Reimer: Prozessuale Sicherheitsleistung durch Bürgschaft in ZZP. 51, 458.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Berlin 1929.
Rosenow: Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. In JW. 1927, 2099.
Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leizig 1910.

Schultz: Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens. Berlin 1911.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. München 1911.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Ihr.J. 79, 223.
Sonnen: Das neue Zivilprozeßrecht. Berlin 1924.
Sonnen: Bürgschaft zwecks Sicherheitsleistung im Prozeß in der Festgabe für Fuchs. 1926, 22 ff.
Skonietzki:Gelpke: Zivilprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1911.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig. 1925.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Tübingen 1929.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Tübingen 1928.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 19. Aufl. Berlin und Leipzig. 1926.
Volkmar: Ursache, Inhalt und Ziele der Reform vom 13. 2. 24. In JW. 1924, 345 ff.
Volkmar: Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Berlin-Leipzig 1924.
Warneyer: Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. Leipzig 1929.
Weismann: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes. Stuttgart 1905.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.
Wunderlich: Die prozessuale Sicherheitsleistung durch Bürgschaft und die Hinterlegungsstelle. In JW. 1926, 2558.

Zeitschriften, Sammlungen von Entscheidungen usw.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruchot).
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Herausgegeben von Perl und Wöscherer.
Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung. Herausgegeben vom Presseausschuß des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes.
Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Otto Liebmann.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Festgabe für Max Fuchs. Herausgegeben von der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts.

Hanseatische Gerichtszeitung.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
Juristische Rundschau. Herausgegeben von Lindemann, Friedrichs.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Herausgegeben von Klimmer.
Magazin der Wirtschaft. Herausgegeben von Schwarzschild.
Das Mietgericht. Herausgegeben von Auerbach.
Das Recht. Juristisches Zentralblatt. Herausgegeben von Sörgel.
Die Rechtsprechung. Beilage zur Juristischen Rundschau.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Herausgegeben von Th. von der Pforten.
Preußisches Verwaltungsblatt.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

§ 1: Die formellen Voraussetzungen der Sicherheitsbürgschaft 4
I. Die Anordnung des Gerichts 4
II. Die Zuständigkeit des Gerichts 10
III. Das freie Ermessen des Gerichts 11
§ 2. Die Rechtsmittel gegen die Anordnung des Gerichts 12

II. Teil.

§ 3 Die Sicherheitsbürgschaft als Vertrag zugunsten eines Dritten 19
§ 4. Die Sicherheitsbürgschaft durch Kontrahierungszwang oder als Zwangsvertrag 23
§ 5. Die Sicherheitsbürgschaft durch Stellung eines Bürgen 30
I. Form und Inhalt der Erklärung 31
II. Die Zustellung der Erklärung 34
III. Die Haftung des Bürgen 37

III. Teil.

§ 6. Die Sicherheitsbürgschaft in der Zwangsvollstreckung 40
§ 7 Die Lösung des Bürgschaftsverhältnisses 45
§ 8. Die Kosten der Sicherheitsbürgschaft 49
Schlußbemerkungen 54

Einleitung.

„Corruptissima res publica plurimae leges!" Dieses Wort des Tacitus gilt nicht nur für die politische Lage. Auch die Wirtschaft ruft, je schlechter es ihr geht, umso stärker nach sie erleichternden Gesetzen und so zwingen Zeiten großer wirtschaftlicher Not auch den Gesetzgeber zu Reformen. Während unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen alte und vielleicht auch da schon nicht mehr passende Institutionen als noch einigermaßen tragbar erscheinen, ändert sich das Bild, sobald Umstände eintreten, die eine Einstellung auf ganz andere Verhältnisse erfordern.

Die schweren wirtschaftlichen Erschütterungen der Inflation, wohl der größten Wirtschaftskatastrophe der letzten Jahrzehnte, haben so auch Mängel auf einem wichtigen Gebiete des Rechts, dem Prozeßrecht, Mängel, die schon vorher als solche erkannt waren, greller hervortreten lassen. Ihre Abstellung wurde aus fast allen Kreisen des Volkes, vom Privatmann bis zu den größten Konzernen, von Tag zu Tag gebieterischer gefordert. Die schon so lange geplante Reform des Prozeßrechts wurde die Forderung des Tages.

Dieser Forderung konnte sich das Reichsjustizministerium nicht länger entziehen. Man entschloß sich daher zu versuchen, die zu Tage getretenen größten Uebelstände abzustellen und aus der großen Zahl der Reformvorschläge, die schon von der seit 1920 beim Reichsjustizministerium bestehenden ständigen Zivilprozeßkommission, durchberaten waren, diejenigen auszuwählen, von denen man sich den größten Erfolg versprach.[1]

Dies geschah auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. Dezember 1923 am 13. Februar 1924. An diesem Tage wurde die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verkündet, die am 1. Juni 1924 in Kraft trat.

1) Näheres über die Entstehungsgeschichte der Novelle, ihre Handhabung und ihre Kritik s. JW. 1924, 345—385.

Daß auch diese Verordnung den Bedürfnissen der Wirtschaft und Praxis nicht in vollem Umfange gerecht und auch sie nur als Notbehelf empfunden wurde, liegt zum großen Teile daran, daß man auf eine Mitwirkung der maßgebenden Stellen (Landesjustizverwaltungen, Richtervereinigungen, Anwalts-, Industrie- und Handelskammern) in eingehenderem Maße verzichten zu können glaubte, indem man diesen nur eine Frist von 3 Wochen zur Einreichung ihrer Gegenvorschläge gab, eine Frist, innerhalb der die Abgabe eines Urteils selbst bei intensivster Beschäftigung mit der Materie unmöglich war. Weiter aber bestimmte man, daß die Reformpläne vorläufig vertraulich zu behandeln seien, wodurch man sie der öffentlichen Kritik entzog, die gerade auf diesem Gebiete sehr segensreich wirken und zugleich auch neue Anregungen geben kann.

Aus der großen Zahl der Neuregelungen — es wurden annähernd 160 Paragraphen abgeändert, rund 20 neu eingefügt — soll eine für die Praxis äußerst bedeutsame, anfänglich wenig beachtete hier behandelt werden.

Nach Artikel 2 Ziffer 4 der Novelle erhält § 108 Abs. 1 ZPO .folgende Fassung:

> In den Fällen einer prozessualischen Sicherheit kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen, in welcher Art und Höhe Sicherheit zu leisten ist.

Gegenüber der alten Fassung:

> Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren zu bewirken.

Mit der Neufassung des § 108 kam man vielfachen Wünschen entgegen, die seitens der Praxis schon in der der Neuregelung vorhergehenden Zeit geäußert worden waren. In einer Zeit, in der die Entwertung des Geldes von Tag zu Tag schnellere Fortschritte machte, konnte man mit diesen engen Bestimmungen über die Sicherheitsleistung nichts mehr anfangen. Was heute noch als Sicherheit angesehen wurde, war morgen schon nicht mehr den hundersten Teil wert. Dies führte zu so erheblichen Unzuträglichkeiten, daß man sich entschloß, die Bestimmungen über Art und Höhe der Sicherheitsleistungen generell dem freien Ermessen des Gerichts

zu überlassen. Hierdurch wurde dem Richter die Möglichkeit gegeben, anstelle der volks- und privatwirtschaftlich unrentablen Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren zu Kautionszwecken die Leistung einer Sicherheit vor allem durch Bürgschaft zuzulassen.

Allerdings war es schon vor der Novelle möglich, Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten, nämlich in den wenigen Fällen, in denen das Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichtes zu bestimmende Sicherheit zuließ, also insbesondere in den Fällen des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (§§ 921 II, 925 II, 927 I, 936, 939 ZPO.) und der Paragraphen 269 III, 272 III, 309 HGB., § 72 II GmbHGes. In der Praxis aber sind diese Ausnahmen nur in verschwindend geringer Zahl vorgekommen. In erster Linie wohl deshalb, weil die wirtschaftlichen Verhältnisse andere waren, an Geld oder hinterlegungsfähigen Wertpapieren äußerst selten Mangel war und deshalb ein Bedürfnis nach anderweitiger Regelung nicht zu Tage getreten war, ferner wohl auch, weil es keinem Sicherheitspflichtigen eingefallen wäre, anstelle der einfachen und sicheren Art der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung, die rechtlich und tatsächlich schwierige Form der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft zu wählen.

Die Zeiten haben sich jedoch grundlegend geändert und das, was früher Ausnahme war — in den tatsächlichen Verhältnissen wie im Gesetz — ist heute zur Regel geworden.[2] Wenn nun trotzdem von der Möglichkeit der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft auch heute noch in verschiedenen Teilen des Reiches wenig Gebrauch gemacht wird,[3] so liegt zum Teil daran, daß die Parteien die Komplikationen, die ein neues, noch nicht erprobtes Verfahren mit sich bringt, scheuen, zum großen Teil aber auch daran, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, die nötigen Vorschriften dafür zu geben, wie diese Bürgschaft im Prozeß in der Praxis aufgefaßt und durchgeführt werden soll. Die Folge davon ist, daß keineswegs ein sicherer Rechtszustand in dieser Beziehung herrscht, sondern fast jedes höhere, sich mit dieser Frage beschäftigende Gericht eine andere Entscheidung gibt.[4]

2) Rein äußerlich kennzeichnet sich dies durch die Streichung der Worte: „nach dem freien Ermessen des Gerichts zu bestimmende" in den §§ 92 III, 925 II, 927 ZPO, die früher gegenüber der Regel des § 108 Ausnahmebestimmungen waren.

3) Vgl. hierzu das Ergebnis der Umfrage Breits in Jur.Rdsch. 1926, S. 216, nach der sie in Danzig, Thüringen, Hannover usw. garnicht oder sehr wenig vorkommt.

4) Instruktiv hierzu die Umfrage Breits, a.a.O.

Andererseits aber liegt es gerade im Interesse der Wirtschaft, große Beträge nicht zinslos, also für die Arbeit tot anzulegen, sondern sie in einzelnen Betrieben weiterarbeiten zu lassen.[5]

Was aber für die Hinterlegung von Bargeld gilt, das trifft in gleicher Weise für die Hinterlegung von Wertpapieren zu, bei denen noch weiter die besonderen technischen Schwierigkeiten bei ihrer Flüssigmachung und Hinterlegung selbst hinzukommen. Im großen ganzen bietet sich infolge der ungenügenden gesetzlichen Regelung, der man es anmerkt, in welcher Eile sie getroffen ist, dem, der sich mit ihr beschäftigt, ein unerfreuliches Bild. Zweifels- und Streitfragen überall, Einigkeit herrscht über die wenigsten Punkte. Eine einheitliche gesetzliche Regelung tut dringend not.

Solange diese aber noch nicht getroffen ist, soll das Ziel der vorliegenden Arbeit sein: die Streitfragen in ihren Einzelheiten zu erfassen und zu versuchen, sie zu klären.

I. Teil.

§ 1.

Die formellen Voraussetzungen der Sicherheits-Bürgschaft.

Erste und wesentlichste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 108 ZPO. ist, daß überhaupt ein Fall vorliegt, in dem nach Prozeßrecht Sicherheit zu leisten ist. Hierzu gehören insbesondere die Tatbestände der §§ 89, 110 ff, 324, 707, 710, 713, 720, 732, 769, 771, III, 838, 839, 921, 922, 925, 927; 939; 945 ZPO. Nur innerhalb dieser Grenzen ist eine Anwendung des § 108 möglich. Ausgeschlossen ist er vor allem in den Fällen einer zivilrechtlichen Sicherheit, bei der das Gericht nicht nach freiem Ermessen entscheiden darf, sondern sich an die ihm in §§ 232 ff. BGB. gezogenen Schranken halten muß, z. B. in den Fällen der §§ 1051, 1391, 1844, 1913 BGB.[1]

I.

Eine weitere Voraussetzung für die Zulassung der Bürgschaft als Sicherheitsleistung ergibt sich ebenfalls aus dem

5) Vgl. Rosenfeld: Magazin der Wirtschaft. 1926, S. 169.
1) Auch § 54 FGG., nicht dagegen §§ 61, 67 ZVG. und § 78 KO.

Wortlaut des § 108, indem das Gericht über die Art und Höhe der Sicherheitsleistung b e s t i m m e n kann. Es ist also eine Bestimmung, eine Anordnung des Gerichts erforderlich.

Die erste Frage, die im Zusammenhang hiermit auftaucht, ist die: Wie kommt das Gericht zu einer solchen Bestimmung, muß es von sich aus prüfen, welche Art der Sicherheitsleistung in dem speziellen Falle als die geeignete anzusehen ist oder kann es zu einer solchen Erwägung nur auf Grund einer Anregung von außen kommen, m. a. W.: Geht das Gericht von Amts wegen vor oder muß es einen diesbezüglichen Parteiantrag abwarten? Die Fassung des § 108 ist so allgemein gehalten, daß man mit vollem Recht beides annehmen kann. Insbesondere die Worte „das Gericht kann bestimmen" lassen darauf schließen, daß man einen Zwang zur Nachprüfung der Frage, ob es in dem oder jenem Falle angebracht wäre, von der allgemeinen Regel der Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren abzugehen, nicht ausüben wollte. Darauf deutet auch weiter der Satz 2 des 1. Absatzes hin, in dem die Rechtslage ausdrücklich für den Fall geregelt ist, daß das Gericht eine Bestimmung über die Art der Sicherheitsleistung nicht getroffen hat. Wenn nun auch ein Zwang zur Nachprüfung der Frage nicht ausgeübt wird, so steht andererseits einer Regelung der Art der Sicherheit durch das Gericht aus eigenem Antriebe nichts entgegen, obwohl es die Ausnahme sein wird. Vorgekommen ist es allerdings des öfteren, und zwar im Interesse des Gläubigers in der Zeit des Währungsverfalles. Ob es sich auch jetzt noch empfiehlt, von Amts wegen von der subsidiären Regelung abzuweichen, läßt sich nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles beurteilen. Der Richter wird aber, bevor er eine die Sicherheit anordnende Entscheidung erläßt, die Parteien nach Möglichkeit auf die Zulässigkeit abweichender Regelung, insbesondere durch Bürgschaft hinzuweisen und entsprechende Wünsche anzuregen haben. Das Gericht soll es sich im weitgehenden Maße angelegen sein lassen, auf die Benutzung dieser Form der Sicherheit hinzuweisen, um ein Brachliegen größerer Kapitalien zu vermeiden.[2]

Im allgemeinen wird ein Antrag dessen, der die Sicherheit zu leisten hat, auf Zulassung der Bürgschaft als Sicherheit dem Gericht vorliegen, da es ja in seinem alleinigen Interesse liegt, seine Wertpapiere nicht aus dem Markt und

2) Stein-Jonas: § 108 II 1.

sein Geld aus dem Betriebe zu ziehen, um sie unproduktiv hinzulegen.[3]

Eine weitere Frage ist, worüber das Gericht eine Bestimmung treffen kann. Diese wird vom Gesetz leider in etwas unklarer Formulierung beantwortet, so daß hier leicht Zweifel entstehen können. Aus dem Vorhergesagten ging hervor, daß ein Zwang auf das Gericht, sich mit den Fragen über die Art der Sicherheitsleistung zu beschäftigen, nicht ausgeübt werden sollte. Folgt man dem Wortlaut des § 108 weiter, und unterstellt man, daß auch ein Antrag der Parteien hierzu nicht gestellt wird, so tritt wohl bezüglich der Art der Sicherheit der Satz 2 des § 108 I in Erscheinung, es entsteht dann aber die wesentlich wichtigere Frage, in welcher Höhe denn Sicherheit geleistet werden soll. Eine Festsetzung der Höhe der Sicherheit ist aber unentbehrlich, es reicht nicht aus, daß z. B. eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils gegen „angemessene" oder „ausreichende" Sicherheit erfolgt.[4] Fehlt vielmehr in dem Urteil die Angabe der Höhe der zu leistenden Sicherheit, so bedarf es einer Berichtigung der Entscheidung, da auch eine Auslassung eine offenbare Unrichtigkeit im Sinne des § 319 ZPO. darstellen kann.[5]

Durch die im § 108 gewählte Formulierung, nach der das Gericht bestimmen k a n n, in welcher Höhe Sicherheit zu leisten ist, wird jedoch der irrige Glauben hervorgerufen, daß eine Bestimmung der Höhe im allgemeinen nicht zu erfolgen brauche. Deren Bestimmung war durch das Gericht auch schon vor der Novelle von 1924 nur nach seinem freien Ermessen zu treffen, es bestand und besteht aber ein Zwang, über die Höhe überhaupt zu entscheiden, anderenfalls ja der Anordnung die notwendige Bestimmtheit fehlen würde. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 112 ZPO., nach dem die Höhe der zu leistenden Sicherheit von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt wird. In der Fassung des § 108 ist daher insofern ein Fehler, als die Worte „und Höhe" dort zu streichen wären. Es ist daran festzuhalten, daß bei Anordnung einer Sicherheit in erster Linie die Höhe festgesetzt werden muß und in zweiter Linie über die Art der Sicherheitsleistung entschieden werden kann.

3) Sonnen i. d. Festg., S. 23.
4) RG. v. 12. 10. 87 in JW. 87, 474. Beschluß des Kammerger. VIII ZS. v. 2. 12. 24. i. ZZP. 49, 225.
5) Stein-Jonas, a.a.O. und Falkmann: Zwangsvollstreckung, S. 324.

Während also über die Höhe der Sicherheit schon in dem sie anordnenden Urteil oder Beschluß, je nach dem die Anordnung einen Parteiantrag voraussetzt, z. B. §§ 710, 713 ff. 925, 927 und somit über sie in mündlicher Verhandlung entschieden werden muß[6] oder nicht — eine Bestimmung getroffen werden muß, braucht über die Art der Sicherheit hier noch nichts gesagt zu sein. Ist es nun aber möglich, daß, falls in dem Urteil oder Beschluß, der die Sicherheitsleistung und deren Höhe anordnet, über die Art der Sicherheit nichts bestimmt ist, hierüber noch nachträglich eine Bestimmung getroffen werden kann?

Die in Theorie und Rechtsprechung bei weitem herrschende Meinung bejaht dieses zu Recht.[7] Man schloß sich hierbei der Rechtsprechung des Reichsgerichts an, das in zwei Beschlüssen vom 2. Januar 1896[8] und vom 12. Dezember 1898[9] seine Ansicht dahingehend zum Ausdruck brachte, daß bei der Bestimmung der Art der Sicherheit in den Fällen, in denen freies richterliches Ermessen entscheide, eine vorherige Anhörung der Parteien nicht erforderlich sei und deshalb die Entscheidung, da sie nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung erfolge, durch Beschluß getroffen werden könne.

Für diese Lösung sprechen auch erhebliche praktische Gesichtspunkte:

Die Art der Sicherheit kann bei Erlaß des Urteils noch dahingestellt bleiben, da ja, wenn eine richterliche Anordnung fehlt, die Regelung des § 108 I S. 2 ipso jure in Kraft tritt. Der Sicherheitsverpflichtete steht also in diesem Falle vor keiner für ihn nicht zu lösenden Aufgabe, sondern weiß sofort, auf welche Art und Weise er die Vorteile, die ihm aus der von der Sicherheitsleistung abhängig gemachten Maßnahme erwachsen, zur Entstehung bringen kann. Daher kann z. B. die Vollstreckung eines gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteiles auch dann ohne Verzögerung durchgeführt werden, wenn das Gericht die Art der Sicherheitsleistung nicht bestimmt hat. Hier würde sogar im Gegenteil die Gefahr bestehen, daß das Verfahren durch eine

6) Es sei denn, daß §§ 251 a, 331 a ZPO., § 7 EntlV. Platz greifen.
7) Stein-Jonas zu § 108, §§ 710 I, 713 V. Hein: ZwV. S. 174. Sydow-Busch: § 108. Förster-Kann; § 108 1 b. § 710, III c. OLG. 29, 160; 39, 51; OLG. Celle i. ZZP. 49, 225, KG. ebenda. OLG. Hamburg i. Hans. Ger.Ztg. 1924, Beibl. 224. OLG. Königsberg i. JW. 25, 831, Nr. 60, OLG. Marienwerder i. ZZP. 17, 154.
8) JW. 96, 70 Nr. 8 = Gruchot 40, 1189.
9) JW. 99, 41, Nr. 86.

gleichzeitige Bestimmung der Art aufgehalten werden würde, denn das Gericht wird vielfach eine Entscheidung über die Zulassung einer von dem Sicherheitsverpflichteten geforderten Art der Sicherheit nicht treffen können, ohne zuvor Nachfragen zu halten oder sonst Ermittlungen anstellen zu müssen. Auch muß weiter in Betracht gezogen werden, daß es dem Sicherheitsverpflichteten zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung, in der noch nicht feststeht, in welchem Umfange das Urteil zu seinen Gunsten ergehen wird, nicht immer möglich sein wird, endgültig anzugeben, in welcher Art er wird Sicherheit leisten können. Schließlich kann sich ihm später eine andere neue Art bieten, deren Verwertung ihm jetzt schon zu nehmen, kein Grund vorliegt. Für die Entscheidung, über die Art der Sicherheit kann deshalb mit Recht ein dem Urteil nachfolgender Beschluß des Gerichts als die angebrachteste Form angesehen werden.

Trotz der auf der Hand liegenden praktischen Vorteile dieser Regelung blieb sie nicht ohne Widerspruch.[10]

Die Begründung aber, die für die gegenteilige Ansicht angeführt wird, kann als stichhaltig nicht angesehen werden.

Einmal wird geltend gemacht (Falkmann), daß aus der Tatsache der Bestimmung nach freiem Ermessen noch nicht zu folgern sei, daß das Gericht dieses Ermessen auch noch nach Erlaß des Urteiles und zwar ohne Gehör des Gegners ausüben dürfe, so wenig wie dies im Falle des § 287 ZPO. bei Bestimmung des Schadens gestattet sei. Aber erstens ist die Parallele zu § 287 verfehlt: Dort ist ja gerade Voraussetzung, daß der Schaden und dessen Höhe zwischen den Parteien s t r e i t i g ist, es ist also hierüber schon verhandelt, aber keine Einigung erzielt worden. Ferner ist die Feststellung eines Schadens Voraussetzung für das Urteil. Während in diesem Falle eine bestimmte Art der Sicherheitsleistung gar nicht streitig werden kann, da sie ja erst nach Erlaß des Urteiles beantragt werden wird, und weiter auch die Anordnung der Sicherheit Folge aus dem Urteil, also gerade das Gegenteil des § 287 ist. Diese beiden Bestimmungen kann man also in keinem Falle miteinander vergleichen.

---

10) Falkmann: ZwV. S. 323 und Sonnen i. JW. 25, 831 i. d. Anm. und Festg. S. 24.

Zweitens ist, da das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden kann, ein vorheriges Anhören der Parteien gar nicht notwendig. Diese können wohl Anregungen hierbei geben, aber selbst, wenn sie dies mündlich tun, handelt es sich dabei keineswegs um eine mündliche Verhandlung, sondern eben um eine vollkommen unverbindliche Rücksprache mit dem Gericht.

Ein weiterer Angriff gegen die herrschende Ansicht (Sonnen s. o.) stützt sich insbesondere darauf, daß für den, zu dessen Gunsten die Sicherheitsleistung angeordnet wird, eine Möglichkeit, diesen Beschluß anzufechten, nicht existiert, sondern er dies nur im Wege einer formlosen Erinnerung oder mittels einer Bitte um Abänderung suchen können. Auf diesen Einwand kann allerdings erst später bei der Besprechung der Rechtsmittel gegen den nachträglichen Beschluß eingegangen werden, doch sei hier schon gesagt, daß auch dieser Einwand nicht stichhaltig ist. Selbst Sonnen muß der herrschenden Meinung zugeben, daß das praktische Bedürfnis für sie spricht und „daß praktisch die herrschende Ansicht in den meisten Fällen zweckmäßig und geeignet ist, böswilligen Schikanen fauler Schuldner vorzubeugen".[11]

Es ist sogar weitergehend noch zu sagen, daß auch eine im Urteil bereits getroffene Entscheidung über die Art der Sicherheit noch nachträglich durch Beschluß geändert werden kann: Hat nämlich das Gericht eine Entscheidung, die als selbständiger Beschluß hätte ergehen können, in ein Endurteil aufgenommen, so muß im Zweifel davon ausgegangen werden, daß die Absicht des Gerichts nicht darauf gerichtet war, die Entscheidung über den Nebenpunkt als Urteil zu geben, sondern lediglich auf Ersparung einer besonderen Ausfertigung.[12] Anders dagegen, um hier einem Irrtum vorzubeugen, bei der Bestimmung der Höhe der Sicherheit. Da diese, wie wir oben sahen, im Gegensatz zur Bestimmung der Art der Sicherheit im Urteil getroffen werden m u ß, bildet sie einen Bestandteil des Urteils und das sie anordnende Gericht ist gemäß § 318 ZPO. an sie gebunden. Eine abändernde Entscheidung kann hier nur im Wege der Anfechtung des Urteils

11) Sonnen i. JW. 25, 831, Anm.
12) Stein-Jonas, Vor. § 511, III, 1 e; RGZ. 10, 339; 15, 412; 18, 139; 38, 402; 98, 139; gegen Falkmann, a.a.O., S. 323, RGZ. 18, 360 u. Bayr. OLG. 14, 790.

mit den ordentlichen Rechtsmitteln erreicht werden, eine Aenderung durch nachträglichen Beschluß ist nicht möglich.[13]

Gerade hierbei zeigt es sich, wie wesentlich die scharfe Trennung zwischen Entscheiden k ö n n e n und Entscheiden m ü s s e n ist.

II.

Ist nun damit festgestellt, daß die Art der Sicherheit auch noch nach Erlaß des sie anordnenden Gerichtsspruches festgesetzt oder geändert werden kann, so wird weiter zweifelhaft, von welchem Gericht dieser Nachtragsbeschluß erlassen werden kann.

Ausscheiden muß dabei die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes. Dieses hat nach § 764 ZPO. lediglich Vollstreckungshandlungen anzuordnen oder bei solchen mitzuwirken. Mag man zu der weiter unten zu erörternden Frage, ob die Bestimmung der Art der Sicherheit bereits zur Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne gehört oder nicht, Stellung nehmen, wie man will, in keinem Falle kann behauptet werden, daß die Bestimmung der Art der Sicherheit bereits eine Vollstreckungshandlung im Sinne des § 764 als eine Handlung sich darstellt, deren direktes Ziel die Vornahme einer Handlung zur Durchführung des staatlichen Zwanges gegen den Schuldner ist. Daher ist eine Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes, dessen Tätigkeitsbereich durch § 764 eng umgrenzt ist, nicht gegeben.[14]

Bleibt nun auch zur Lösung der Frage der Zuständigkeit nur noch das Prozeßgericht übrig, so erscheint hierbei weiter zweifelhaft, welches von verschiedenen sich mit dem Prozeß beschäftigenden Gerichten über sie zu entscheiden hat. Dies wird vor allem dann praktisch, wenn gegen das Urteil Berufung eingelegt, aber über die Frage der Art der Sicherheit, z. B. anläßlich einer Zwangsvollstreckung noch nicht entschieden ist. Aber auch in diesen Fällen geht die Befugnis, über die Art der Sicherheit zu bestimmen, nicht auf das Berufungsgericht über. Zuständig bleibt stets das Prozeßgericht erster Instanz solange, bis das Berufungsgericht nicht über die vor-

13) So Stein-Jonas, § 710, 1. Falkmann, a.a.O., 323. RG. i. Gruchot 38, 178; OLG. 29, 160.

14) Sonnen, Festg., S. 25; Stein-Jonas, § 108 II, 1; Sydow-Busch, § 108; Förster-Kann, § 710 3 c; Wunderlich i. JW. 26, 2558.

läufige Vollstreckbarkeit gemäß § 718 ZPO. vorab entschieden hat und dadurch eine ergänzende Anordnung des Prozeßgerichts erster Instanz gegenstandslos geworden ist.[15]

III.

Wären somit die formellen Voraussetzungen, die zur Anordnung der Bürgschaft als Sicherheitsleistung erforderlich sind, geklärt, so bedarf noch ein Punkt einer kurzen Erörterung: Wonach hat sich das Gericht bei der von ihm zu erlassenden Anordnung zu richten?

Das Gesetz beantwortet diese Frage sehr knapp: „nach seinem freien Ermessen". Daß dieses Ermessen nicht als freies Belieben oder gar Willkür gedeutet werden darf, versteht sich von selbst. Eine Definition hierfür geben zu wollen, wäre ein müssiges Beginnen, denn diese müßte für jeden einzelnen Fall anders lauten. Man kann nur in geringem Umfange Richtlinien aufstellen, nach denen sich das Gericht bei seiner Entscheidung zu richten hat. An eine feste Norm ist es jedenfalls nicht gebunden. Der Antrag einer Partei ist für seine Entscheidung nicht maßgebend, es kann über diesen hinausgehen, kann aber auch hinter ihm zurückbleiben. Die Entscheidung wird mit einer Machtbefugnis getroffen, die ihre Grenzen nur in dem Pflichtbewußtsein des Richters hat. Dennoch ist er auch hierbei nicht ohne jede Kontrolle. Allerdings kann mit einem Rechtsmittel, das nur auf eine Verletzung des Gesetzes gestützt werden darf, die Anwendung des freien Ermessens nicht zur Nachprüfung gestellt werden, da durch dessen Ausübung niemals ein Gesetz verletzt werden kann. Jedoch ist für alle anderen Fälle, in denen sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, die Beschwerde gegeben. Sie führt, wenn sie zulässig ist, in jedem Falle zu einer Nachprüfung des gesamten Sachverhaltes nach der rechtlichen und tatsächlichen Seite. Da nun in den Fällen, in denen das freie Ermessen entscheidend ist, ein ausdrücklicher Ausschluß der Beschwerde nicht aufgestellt ist, kann mit ihr eine Nachprüfung, ob der Vorderrichter sich an die ihm gezogenen Grenzen gehalten hat, in den Fällen, in denen z. B. der Antrag auf Zulassung einer bestimmten Art der Sicherheit zu-

15) Stein-Jonas, § 718 V; Sydow-Busch, § 108, 3. Warneyer, § 108, 5; (a. A.). OLG. Hamburg i. OLG. 21, 104; OLG. Celle i. Seuff.A. 79, 221; u. i. ZZP. 49, 222; KG. i. ZZP. 49, 225; OLG. München i. Seuff.A. 71, 456, gegen OLG. Breslau i. Breslauer Zschft. 3, 78.

rückgewiesen ist, § 567 ZPO., erreichen. Alsdann tritt an die Stelle des freien Ermessens des Vorderrichters das des Berufungsgerichtes.[16]

Die Frage, ob bei Anwendung des freien Ermessens Fehler unterlaufen sind, ist daher stets durch das Beschwerdegericht nachprüfbar, insbesondere daraufhin, ob nicht eine Verletzung des Gesetzes vorliegt.[17] Trotzdem wird es im Einzelfalle nicht leicht zu entscheiden sein, ob eine Ueberschreitung des freien Ermessens vorgekommen ist. Unzweifelhaft gehören hierher Gesetzwidrigkeiten, die sich der Richter zuschulden kommen läßt, z. B. Befreiung von gesetzlichen Formerfordernissen usw. Andererseits liegt es innerhalb der dem Richter gezogenen Grenzen, daß er über die Anträge der Parteien hinausgehen kann und insoweit an den im § 308 aufgestellten Grundsatz: „Ne judex judicet ultra petita partium" nicht gebunden ist.

Maßgebend muß für die Entscheidung in erster Linie das Interesse der Parteien bleiben. Es wäre höchst unbillig, wollte der Richter von einem Kaufmann, der in ständiger Geschäftsverbindung mit der Deutschen Bank und Diskontogesellschaft steht, die Beibringung der Bürgschaft durch die Dresdener Bank verlangen. Hier könnte man wohl von einer Ueberschreitung des freien Ermessens sprechen. Rahmen für das freie Ermessen hat stets die Zweckmäßigkeit der angeordneten Maßnahme und das Abwägen der beiderseitigen Interessen zu sein.

§ 2.

Die Rechtsmittel gegen die Anordnung des Gerichts.

Nicht immer wird sich das Verfahren über die Anordnung einer Sicherheit auf völlig reibungslose Art vollziehen. Einmal wird der Sicherheitsberechtigte in sehr vielen Fällen ein Interesse daran haben, die Sicherheitsleistung überhaupt zu verhindern, um sich der von dieser abhängig gemachten Maßnahme zu entziehen. Weiter kann es sein, daß ihm die angebotene Art der Sicherheit aus verschiedenen Gründen nicht zusagt, so z. B., wenn die Bürgschaft eines kaufmänni-

16) Blf. Rechtspflege 26, 100.
17) RGZ. 126, 107.

schen Unternehmens für ausreichend erklärt und zugelassen wurde, dessen Solvenz in Kreisen der eingeweihten Kaufleute, zu denen ja der Sicherheitsverpflichtete nicht zu gehören braucht, als sehr fraglich erscheint. Schließlich ist auch trotz objektivster Prüfung der Sachlage durch das Gericht ein Irrtum nicht immer ausgeschlossen, so daß hier Schäden entstehen können, die für alle Parteien vorläufig noch unübersehbar sind.

Bei einer solchen Sachlage ist es natürlich geboten, dem Berechtigten eine Hilfe zu geben, die es ihm ermöglicht, seine Bedenken dem Gericht vorzutragen.

Am einfachsten ist die Rechtslage natürlich, wenn sich das Gericht daraufhin entschließt, seine Entscheidung abzuändern. Daß ihm hierzu die Möglichkeit gegeben ist, ist schon auf Seite 9 des näheren ausgeführt worden. Ebenso wie nun das Gericht auf Anregung des Berechtigten seine Entscheidung ändern kann, ist dies auch auf Antrag des Verpflichteten möglich.

Wie aber, wenn das Gericht aus irgend welchen Gründen die Abänderung verweigert? Welche Rechtsmittel gibt es, um eine Entscheidung des höheren Gerichts herbeizuführen?

Im Gesetz selbst ist ausdrücklich ein Rechtsmittel hiergegen nicht erwähnt. Es bleibt also zu untersuchen, ob die gegen die gerichtlichen Entscheidungen allgemein zulässigen Rechtsmittel auch hier Anwendung finden können. Dabei scheiden von vornherein Berufung und Revision aus, da diese nur gegen Endurteile zulässig sind, die Anordnung der Art der Sicherheit jedoch nur selten in solchen, meistens in einem Beschluß getroffen werden wird. Es bleiben daher übrig: die Beschwerde und die sofortige Beschwerde.

Gemäß § 567 ZPO. findet das Rechtsmittel der Beschwerde in den besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird.

Nach dieser Gesetzesbestimmung ist die Beschwerde einmal zulässig in den, in der ZPO. besonders hervorgehobenen Fällen. Daß ein solcher aber bei der Bestimmung der Art der Sicherheit gegeben wäre, ist nirgends zu ersehen. An keiner der vielen von der Sicherheitsleistung handelnden Stellen ist

bestimmt, daß gegen eine solche Anordnung die Beschwerde als Rechtsmittel gegeben wäre.

Die zweite Möglichkeit für die Zulässigkeit der Beschwerde wäre die, daß durch eine eine mündliche Verhandlung erfordernde Entscheidung ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden wäre. Nun erfordert die Entscheidung über die Art der Sicherheit, da sie ja nach freiem Ermessen des Gerichts erfolgen kann, eine mündliche Verhandlung n i c h t. Durch diese Bestimmung hätte aber nur der Sicherheitsverpflichtete, der sich erbietet, die Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten, gegen den dieses Gesuch ablehnenden Beschluß das Rechtsmittel der Beschwerde. Nicht dagegen könnte sich der Sicherheitsberechtigte darüber beschweren, daß dem Sicherheitsverpflichteten die Leistung der Sicherheit durch Bürgschaft überhaupt oder in einer ihn nicht genügend sichernden Art nachgelassen worden sei, da ihm ja kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist.

Wenn dieser einfache Schluß auch dem Gesetzestext zu entnehmen ist und in diesem Zusammenhang als selbstverständlich erscheint, so erscheint es desto merkwürdiger, daß trotzdem verschiedene hohe Gerichte in diesen Fällen über die Begründetheit der Beschwerde entschieden haben, ohne vorerst deren Zulässigkeit geprüft zu haben, also die Beschwerde wohl zulassen wollen.[1] Daß dies aber mit dem Gesetz in Widerspruch steht, ergibt sich aus dem oben Gesagten von selbst. Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung.[2]

Also auch mit der Beschwerde wäre in vielen oder in den meisten Fällen dem Sicherheitsberechtigten nicht zu helfen. Bleibt als letztes nur noch die sofortige Beschwerde übrig.

Die sofortige Beschwerde ist nun nicht etwa ein besonderes von der gewöhnlichen Beschwerde verschiedenes Rechtsmittel, so daß gegebenenfalls beide der betroffenen Partei zur Verfügung stehen könnten, sondern die Eigenschaft als sofortige ist nur eine für gewisse Fälle vorhergesehene Qualifikation des einen Rechtsmittels der Beschwerde, die immer da

---

1) So die OLG. Celle i. ZZP. 49, 222; Königsberg i. JW. 25, 831; und das KG i. ZZP. 49, 225.

2) So u. a. Sonnen: Festg. S. 27; Wunderlich i. JW. 26, 2559 und die OLG. Stuttgart i. Recht 1925, 541; Frankfurt a. M. i. JW. 25, 1024 u. Düsseldorf i. JW. 26, 852. Ferner OLG. München i. ZZP. 1928, S. 472.

eintritt, wo überhaupt nach besonderer Bestimmung der ZPO. die sofortige Beschwerde stattfindet.[3]

Voraussetzung für die Einlegung der sofortigen Beschwerde ist also einmal die Zulässigkeit der Beschwerde überhaupt und sodann die positive Gesetzesbestimmung, daß hier die Beschwerde eine sofortige sei. Fehlt es nun aber nach dem Vorhergesagten an der Zulässigkeit der Beschwerde überhaupt, so ist weiter auch im § 108 und in den anderen Bestimmungen nichts davon gesagt, daß die Anordnung des Gerichtes mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist, dies im Gegensatz zu § 109. Danach ist eine Anfechtung des Gerichtsbeschlusses mit der sofortigen Beschwerde in vielen, aber nicht in allen Fällen unmöglich. Auszuschalten haben aus unserer weiteren Betrachtung nämlich nur einige praktisch mehr oder weniger bedeutungslose Fälle, z. B. der §§ 89, 110—113 usw., während die weitaus wichtigsten Fälle, in denen es sich um die Sicherheitsleistung zum Zwecke der Ermöglichung, Einstellung und Abwendung der Zwangsvollstreckung handelt, durch diese Entscheidung noch nicht getroffen werden. Hier vor allem haben sowohl der Sicherheitsverpflichtete wie auch sein Gegner ein dringendes Interesse daran, möglichst schnell sich Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die getroffene Entscheidung eine endgültige ist oder nicht. Diese praktischen Gesichtspunkte hat der Gesetzgeber anscheinend bei der Neufassung des § 108 übersehen, denn sonst hätte er analog dem § 109 dem Antragsteller im Falle der Ablehnung seines Antrages und beiden Teilen bei Anordnungen des Gerichts die sofortige Beschwerde gegeben. An ein absichtliches Unterlassen kann man hierbei nicht glauben. Aber auch eine analoge Anwendung des § 109 auf § 108 ist nicht angängig, da es sich um zwei völlig voneinander verschiedene Fälle handelt.

Will man aus diesem, den wirtschaftlichen Verhältnissen ganz und gar nicht entsprechenden Rechtszustand nun doch einen brauchbaren Ausweg finden, um beiden Teilen ein möglichst schnelles Rechtsmittel an die Hand zu geben, so ist im Zusammenhang hiermit nur möglich, auf die Bestimmung des § 793 zurückzugreifen. Eine Anwendung des § 793 wäre jedoch nur dann möglich, wenn es sich bei der Anordnung der Sicherheit zum Zwecke der Ermöglichung, Abwendung und Einstellung der Zwangsvollstreckung, um eine Entscheidung im

3) RGZ. 15, 431.

Zwangsvollstreckungsverfahren handeln würde. Während dies bei dem letzteren unzweifelhaft ist, da ja schon Vollstreckungsakte vorgenommen worden sind, steht die herrschende Meinung im übrigen auf dem Standpunkt, daß § 793 auf solche Entscheidungen nicht anwendbar ist, die die Zwangsvollstreckung erst vorbereiten sollen,

> „die zwar organisch mit ihr zusammenhängen, aber noch keinen Anfang des staatlichen Zwanges enthalten,"

und lehnt deshalb die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde, z. B. für die Fälle der §§ 706, 724, 730, 732, 733 ZPO. mit dieser Begründung ab.[4]

Jedoch macht sich gerade in den letzten Jahren unter Berücksichtigung des großen praktischen Bedürfnisses eine überaus starke Strömung bemerkbar, die diese allzu enge Auslegung des Begriffes Zwangsvollstreckungsverfahren verwirft. Und ohne Zweifel wird vom Gesetz auch der Begriff „Zwangsvollstreckung" bald in engerem, bald in weiterem Sinne gebraucht. Aber nicht in dieser Verkennung allein liegt der Hauptfehler der herrschenden Ansicht, sondern hauptsächlich in mangelnden Unterscheidung der Begriffe „Zwangsvollstreckung" und „Zwangsvollstreckungsverfahren". Zwangsvollstreckung ist gegenüber dem Zwangsvollstreckungsverfahren das engere, das Verfahren ist der Rahmen, in dem die einzelnen Zwangsmaßregeln wirksam werden sollen. Zwangsvollstreckung bedeutet

> „die Summe derjenigen Akte, die den Vollstreckungsschuldner durch Anwendung staatlichen Zwanges zur Erfüllung des im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruches bringen sollen",

während Zwangsvollstreckungsverfahren

> „die Summe derjenigen Handlungen ist, die dazu dienen, die gerade für den konkreten Fall zweckmäßigen Vollstreckungsakte, d. h. Zwangsmaßregeln herbeizuführen, sie wirksam werden zu lassen und in einer dem Zwecke, der mit ihrer Anwendung verfolgt wird, dienlichen Art und Weise mit einander zu verknüpfen".[5]

Obwohl hinsichtlich der Durchführbarkeit dieser Unterscheidung von verschiedenen Seiten, insbesondere dem Reichs-

4) Stein-Jonas, Vor. § 704, VII. Förster-Kann, § 732, 7 e, 793, 1 a, Vor. 704, 7 RGZ. 31, 410; 37, 412; 42, 421; OLG. Düsseldorf i. JW. 26, 852. OLG. 16, 296; 25, 216; Hans. Ger.Ztg. 38, 200. Gruch. 46, 1099.

5) Schultz, Vollstreckungsbeschwerde, S. 117, 161 ff.

gericht,[6] Zweifel geltend gemacht worden sind, treffen diese doch nicht den Kern der Frage, denn es handelt sich nicht darum, zwei nebeneinander herlaufende juristische Konstruktionen zu begründen, sondern lediglich darum, festzustellen, daß nicht alle Akte des Zwangsvollstreckungsverfahren auch Akte der Zwangsvollstreckung sein müssen, vielmehr einfach den Beginn des Vollstreckungsrechtsverhältnisses bedeuten. Macht man nun diese scharfe Unterscheidung, so fällt schon einmal die Erteilung der Vollstreckungsklausel in das Zwangsvollstreckungsverfahren, eine Folge, die von der herrschenden Meinung vorläufig noch mit Entschiedenheit abgelehnt wird.[7] Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner, daß unter die im § 788 ZPO geregelten Kosten der Zwangsvollstreckung auch diejenigen für die formalen Vorbedingungen der Vollstreckung, z. B. für die Hinterlegung der Sicherheiten, fallen,[8] und weiter die Vorbereitung der Zwangsvollstreckung insoweit zu ihr gehört, als sie nach § 202 GVG. Feriensache ist. Nicht zuletzt liegt in der herrschenden Meinung auch eine Systemwidrigkeit insofern nämlich, als das Gesetz viel weniger wichtige Entscheidungen mit der Anfechtbarkeit durch die sofortige Beschwerde ausgestattet hat. Das die Prozeßordnung beherrschende Grundprinzip ist doch das, je wichtiger eine Entscheidung ist, umso schwerer soll sie von dem sie erlassenden Gericht abzuändern, dafür aber umso leichter anzufechten sein. Diesem System aber würde es widersprechen, wollte man eine minder wichtige Entscheidung, wie z. B. die, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betrifft (§ 766 ZPO.) mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sein lassen, während eine andere, ob es aus einem Titel überhaupt zu einer Vollstreckung kommen kann oder nicht, mit der sofortigen Beschwerde nicht anzufechten sein soll.[9]

Hat man nun aber die scharfe Trennung von Zwangsvollstreckung und Zwangsvollstreckungsverfahren in dem Sinne gemacht, daß unter Zwangsvollstreckung die Summe der staatlichen Zwangsakte, unter Zwangsvollstreckungsverfah-

6) In RGZ. 42, 421.

7) Wie hier: außer Schultz, a.a.O., Oertmann b. Hellwig, S. 255/56. Falkmann, S. 134, Schultz i. JW. 18, 742, Planck II, § 164, § 173. Weismann, § 131, IX, § 137; § 140, OLG. Kassel, Beil. z. JRdsch. 1925, Nr. 1386 unter ausdrücklicher Ablehnung der herrschenden Ansicht. OLG. Köln i. Recht 1908, Nr. 2375. Ferner Sydow-Busch, § 793, Ziffer 1 mit der Einschränkung, daß nur im Falle der Klauselerteilung die sofortige Beschwerde zulässig sein soll.

8) So u. a. Stein, § 788 I, 2 Vor. 704 VII.

9) Richard Schmidt: Lehrbuch, S. 772 ff. und Schultz i. JW. 18, 742.

ren die Tätigkeit zu verstehen ist, die eine zweckmäßige Verknüpfung und Aufeinanderfolge dieser Zwangsakte herbeiführen soll, so bestehen auch keine Bedenken, die Bestimmung der Art der Sicherheit, die die Vollstreckung ermöglichen oder sie abwenden soll als zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehörend anzusehen. Auch die Anordnung der Art der zu leistenden Sicherheit ist eine Handlung mit dem Ziele der Herbeiführung der für den konkreten Fall zweckmäßigen Zwangsmaßregel, so daß sie gemäß § 793 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist.[10]

Hierin liegt auch keine, wie man einwenden könnte, Einschränkung des freien Ermessens des Gerichtes. Wenn es auch nach Einlegung der sofortigen Beschwerde keine Abänderungsmöglichkeit mehr hat, so hat es doch einmal bei seiner ersten Anordnung und sodann bis zu dem Zeitpunkt der Einlegung der sofortigen Beschwerde genügend Gelegenheit, sein freies Ermessen schalten zu lassen. Ein Verstoß gegen das Gesetz kann also hierin nicht gefunden werden und bei dem jetzt herrschenden undurchsichtigen Rechtszustand ist es im Interesse der Rechtsuchenden nur zu wünschen, daß die Lösung, die hier vertreten wird, sich auch in der Praxis recht bald durchsetzen möge.

II. Teil.

Die Rechtsnatur der Prozeßbürgschaft.

Die Prozeßbürgschaft ist naturgemäß in ihrer juristischen Konstruktion eine andere als die Bürgschaft des bürgerlichen Rechts. Dies ist eine zwangsläufige Folge aus der Tatsache, daß die Prozeßbürgschaft nicht auf einer Parteivereinbarung, sondern auf einem Gerichtsspruch beruht. Während also dort die Parteien im Einverständnis miteinander handeln und beide ein Interesse an dem Abschluß des Vertrages haben, ist hier das Interesse in den meisten Fällen ein vollkommen einseitiges. Ausnahmen hiervon werden im Prozeß sehr selten sein. Dieses negative Interesse auf der einen Seite versteht man dann, wenn man sich vor Augen hält, daß derjenige, der Sicher-

10) So auch Sonnen i. Festg. S. 28, KG. i. ZZP. 53, 442. m. Anm. von Sonnen und Reimer; Rosenberg, § 80 II. 1. Gegen OLG. Stuttgart i. JRdsch. 1925, 541.

heit leisten soll, im Augenblick der Leistung ein Recht erwirbt, sei es z. B. auf Durchführung eines Prozesses im Falle des § 110 ZPO. oder auf Ermöglichung der Zwangsvollstreckung gemäß § 710 ZPO., ein Recht jedenfalls, dessen Entstehungszeitpunkt möglichst weit hinauszuschieben stets das Ziel der Gegenpartei sein wird. Natürlich kann hieraus nicht eine Regel hergeleitet werden, aber im allgemeinen werden die Parteien, die sich sowieso im Prozeß meistens feindlich gegenüberstehen, sich nicht bemühen, sich gegenseitig Hindernisse aus dem Wege zu räumen. Daher ist es auch erklärlich, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheitsleistung erfolgen soll, trotz des auch für ihn aus ihr entstehenden Rechtes versuchen wird, den Abschluß des Bürgschaftsvertrages nach Möglichkeit zu erschweren.

§ 3.

Die Sicherheitsbürgschaft als Vertrag zugunsten eines Dritten.

Die wohl am ehesten in die Augen fallende Möglichkeit, unter Ausschaltung des Willens des Berechtigten zum Abschluß des Sicherheitsbürgschaftsvertrages zu gelangen, ist die, hier zwischen dem Bürgen und dem Sicherheitsverpflichteten als Hauptschuldner einen Vertrag der Art anzunehmen, daß der Sicherheitsberechtigte ohne seinen Willen direkt ein Recht aus dem zwischen diesen beiden Personen abgeschlossenen Vertrage erwerben soll. Ein solcher Rechtserwerb wäre jedoch nur dann möglich, wenn man den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zugunsten eines Dritten überhaupt gelten lassen kann, und diese Frage ist zu verneinen. Nach den Protokollen I, 755 soll durch die Verträge zugunsten Dritter einem praktischen Bedürfnis Rechnung getragen werden, indem eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden in das des Dritten in der Weise ermöglicht wird, daß die Uebertragung des Vermögensgegenstandes zunächst an den Empfänger und demnächst von diesem an den Dritten vermieden wird. Hauptzweck der Verträge zugunsten Dritter ist daher lediglich eine Erleichterung des Güteraustausches zwischen drei miteinander in Vertragsbeziehungen stehenden Parteien. Der Dritte, der gegen den Versprechenden ein Recht aus einem solchen Ver-

trage erwirbt, erlangt es nicht durch seine eigene Tätigkeit, als freies nur in seiner Person entstandenes, sondern als ein ihm durch seinen Schuldner, dem Versprechensempfänger vermitteltes, gleichsam als ein von diesem auf ihn delegiertes. Diese Abhängigkeit des Rechtes des Dritten von den Rechtsbeziehungen des Versprechenden und des Versprechensempfängers ergibt sich insbesondere daraus, daß der Versprechende dem Ditten gegenüber auf das zwischen ihm und seinem Kontrahenten bestehende Rechtsverhältnis zurückgreifen und Einwendungen aus diesem Vertrage dem Anspruch des Dritten entgegensetzen darf. Sinn und Zweck der Bürgschaft ist dagegen ein anderer.

Hier soll der Dritte gegen den Bürgen ein selbständiges, freies Recht haben, ein Recht, das ihm der Bürge selbst gewährt hat. Es mag ganz dahingestellt bleiben, ob als Versprechensempfänger in diesem Falle ein beliebiger Vierter auftreten kann, der nicht Gläubiger und nicht Schuldner ist — eine Frage, die m. E. auch zu verneinen ist — ungeeignet aber erscheint für diese Rolle in jedem Falle der Schuldner selbst. Weiter aber hat die Verpflichtung des Bürgen das Ziel, für die Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner einzustehen. Insoweit besteht wohl eine Gebundenheit der Verpflichtung des Bürgen an die des Schuldners. Es erscheint aber einmal als widersinnig, daß der Bürge den Vertrag, durch den er sich verpflichtet, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufzukommen, gerade mit demjenigen abschließt, für dessen Leistung er eintreten soll. Ferner aber spricht der Wortlaut des § 765 BGB. ausdrücklich gegen die Zulässigkeit der Anwendung der §§ 328 ff. BGB., da sich durch den Bürgschaftsvertrag der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten zu verpflichten hat.

Man könnte hier einwenden, daß nach dem im § 305 BGB. enthaltenen, das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit die Parteien sich ihre Vertragstypen beliebig wählen könnten. Dieser Einwand trifft aber hier nicht zu. In allen von dem Gesetz erwähnten Verträgen sind nur die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aufgestellt und formuliert, in keinem Falle ist — wie gerade bei der Bürgschaft — gesagt, wem gegenüber die Verpflichtung zu erfolgen hat, weil eben die Möglichkeit der Verpflichtung nach den Grundsätzen der §§ 328 ff. offen bleiben sollte. Diese Möglichkeit

aber sollte durch die Aufnahme der Worte „gegenüber dem Gläubiger eines Dritten" in den Text des § 765 BGB. genommen werden. Und aus diesem Grunde, infolge der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes, kann der Grundsatz der Vertragsfreiheit hier nicht durchgreifen. Die wenigen vom Gesetz als erforderlich erachteten Vorschriften müssen beachtet und können durch Parteiabrede nicht geändert werden.

Und nicht zuletzt noch ein wesentliches Argument gegen die Zulässigkeit der §§ 328 ff., das vorhin schon einmal kurz gestreift wurde: Gemäß § 334 BGB. stehen dem Versprechenden Einwendungen aus dem Vertrage zwischen ihm und dem Versprechensempfänger auch gegen den Dritten zu. So hat z. B. wenn der Vertrag zwischen diesen beiden aus irgend einem Grunde nichtig ist, auch der Dritte kein Recht erworben. Läßt man nun einen Bürgschaftsvertrag auf diesem Wege zu, so hätte natürlich der Bürge als Versprechender die gleichen Rechte wie der Versprechende in dem ersten Falle. Der Gläubiger hätte dann im Falle der Nichtigkeit des Vertrages zwischen Bürgen und Hauptschuldner keinen Anspruch gegen den Bürgen. Diese Lösung steht aber in schroffem Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 768, 770, 771, BGB., nach denen der Bürge die dort einzeln aufgeführten Einreden und dann vor allem nur solche hat, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen. N u r diese Einreden kann der Bürge geltend machen, ein Zurückgreifen auf das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis ist demnach ausgeschlossen. Diese Lösung ist auch vollkommen verständlich, wenn man erwägt, welche Folgen sich auf dem Gebiete der Rechtssicherheit ergäben, wollte man die Einreden des § 334 dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger zugestehen. Das Bestehen eines jeden Bürgschaftsvertrages wäre auf diese Weise in Frage gestellt, und der Gläubiger wüßte nie, ob er nun tatsächlich einen Anspruch gegen den Bürgen erworben hat oder nicht.

Wenn nun auch solche und ähnliche Vereinbarungen in der Praxis nicht allzu selten vorkommen, so ist doch die Rechtslage eine andere. Ein bekannter Fall ist der, daß jemand einer bestimmten Person eine Urkunde aushändigt, inhalts deren er für ein von dem Schuldner aufzunehmendes Darlehn im voraus die Bürgschaft übernimmt. Die richtige Lösung dieses Falles ist die, daß die Bürgschafsurkunde vorerst eine

Bürgschaftsofferte enthält. In der Aushändigung der Urkunde an den Darlehnsuchenden liegt die Ermächtigung, für diesen durch den Bürgen in dessen Namen mit dem Gläubiger einen Vertrag abzuschließen. Mit der Empfangnahme der Urkunde seitens des Gläubigers nimmt dieser die Offerte an und dadurch kommt der Bürgschaftsvertrag zum Abschluß. Nicht zu billigen ist dagegen die Ansicht, die schon in der Aushändigung der Urkunde an den Darlehnsuchenden den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zugunsten eines noch unbekannten Dritten sieht.[1]

Trotz dieser überzeugenden Gründe hat sich ein großer Teil der Literatur, allerdings wohl ohne Berücksichtigung und Erwägung der Bedenken, für die Anwendbarkeit der §§ 328 ff. BGB. in diesem Zusammenhange ausgesprochen.[2]

Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein solcher Vertrag nicht möglich, vielmehr werden sich in den weitaus meisten Fällen derartige zwischen „Bürgen" und Schuldner abgeschlossene Verträge als Schuldmitübernahme im Sinne des § 415 BGB. oder als Gewährsübernahme, insbesondere wenn es sich um eine bedingte oder der Höhe nach noch unbestimmte Schuld handelt, darstellen. Aber selbst, wenn man die Grundsätze der §§ 328 ff für die Bürgschaft und, damit auch für die im Prozeß gelten lassen wollte,[3] so wäre immer noch ein unüberwindbares Hindernis im Wege, wie man sich nämlich mit der Vorschrift des § 333 BGB. auseinandersetzen soll, nach der der Dritte, also für uns der Sicherheitsberechtigte, das Recht hat, das aus dem Vertrage erworbene Recht zurückzuweisen, und sodann dieses Recht als nicht erworben gilt. Reichel a.a.O. spricht das Recht der Zurückweisung dem Sicherheitsberechtigten ab, leider ohne jede nähere Begründung. Eine solche dürfte ja denn auch ohne eine Gesetzesänderung nicht zu erbringen sein, denn jemandem ein ihm gesetzlich zustehendes Recht zugunsten einer Theorie zu nehmen, durfte nun doch nicht angängig sein. Ebenso könnte man einem Schuldner verbieten wollen, sich z. B. auf die Verjährung zu berufen. Das Recht des § 333 dem Sicherheitsberechtigten zu nehmen, ist unmöglich. Der Enderfolg aber wäre der,

1) Wie hier RGZ. 11, 248; 31, 266; 57, 66; 71, 219; 103, 418, JW. 04, 196 und Reichel: Schuldmitübernahme, S. 151, Anm. 1.

2) So u. a. Enneccerus I, § 413, Anm. 3. Planck, § 765, 2 a, aa, Westerkamp: Bürgschaft, S. 475 u. a. m.

3) Wie z. B. Reichel i. JW. 27, 1625 im Widerspruch zu seiner richtigen obigen Ansicht.

daß der Sicherheitsberechtigte das ihm aus dem Bürgschaftsvertrage entstandene Recht zurückweisen könnte, die Sicherheit nicht geleistet wäre, und der Sicherheitsverpflichtete sein Recht wiederum nicht verwirklichen könnte. Auf diesem Wege würde man also zu einem Resultat nicht gelangen.

§ 4.

Die Sicherheitsbürgschaft durch Kontrahierungszwang oder als Zwangsvertrag.

Einer der bedeutsamsten individualistischen Grundsätze des heutigen Privatrechts ist der das Verkehrsrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit. Für unser Recht ist er im § 305 BGB. enthalten und bedeutet in erster Linie das Recht der Parteien, einen Vertrag nach ihren Willen frei zu gestalten. Aber nicht allein die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung birgt dieser Grundsatz der Vertragsfreiheit in sich, sondern in ihm ist gleichzeitg das primäre, ursprünglichere Recht der Abschlußfreiheit enthalten, unter der die Freiheit des Entschlusses über die Frage, ob man einen Vertrag überhaupt abschließen will oder nicht, zu verstehen ist. Im freien Belieben eines jeden soll es stehen, ob er kontrahieren will, und erst eine freie Vereinbarung bildet den Entstehungsgrund der rechtlichen Verpflichtung. Diese Freiheit des Individuums bei Entscheidung der Frage, ob es sich an dem durch den Verkehr vermittelten Güterumsatz beteiligen will oder nicht, kann nun aber zu einer Gefährdung der Interessen einzelner Rechtssubjekte und damit auch der Gesamtheit führen, so daß in manchen Fällen ein Zwang zum Abschluß von Verträgen ausgeübt werden muß, eben im Interesse der Allgemeinheit. Und das Mittel zu dem zwangsweisen Anschluß der widerstrebenden Partei an die Güterbewegung innerhalb des Volksganzen ist der Kontrahierungszwang.

Die Auflage des Kontrahierungszwanges bedeutet daher einen sehr empfindlichen Eingriff in die privatrechtliche Verpflichtungsfreiheit, die dem Staatsbürger nach Art. 152 RV. garantiert und eine der wichtigsten, den gesamten Wirtschaftsverkehr überhaupt beherrschenden Stützen ist. Eine Aus-

nahme von diesem Grundsatz ist daher nur dann möglich, wenn eine besonders gesetzliche Maßnahme diesen Eingriff rechtfertigt. Dies ergibt sich aus dem den modernen Rechtsstaat beherrschenden Prinzip, daß ein Eingriff in ein von der Verfassung gewährleistetes Recht nur auf Grund einer besonderen Anordnung der Rechtsordnung, die auf gesetzlicher Grundlage beruhen muß, zulässig ist.

Nach diesen kurzen Vorbemerkungen läßt sich der Begriff des Kontrahierungszwanges dahin zusammenfassen, daß er

„die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung ist, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhaltes abzuschließen."[1]

Damit haben wir auch gleichzeitig die wichtigste Voraussetzung für die Möglichkeit der Anwendung des Kontrahierungszwanges gefunden: wollten wir nämlich in unserem Falle den Sicherheitsbürgschaftsvertrag auf Grund eines Kontrahierungszwanges zum Abschluß gelangen lassen, so müßten wir hierzu eine besondere gesetzliche Ermächtigung haben. Es ist nicht damit getan zu sagen, das praktische Bedürfnis erfordere einen solchen[2] oder das gerichtliche Urteil, das die Bürgschaft als Sicherheit zuläßt, begründe einen Zwang zum Abschluß dieses Vertrages.[3] Ohne eine gesetzliche Grundlage wäre dies lediglich ein widerrechtlicher Eingriff in ein durch die Verfassung garantiertes Grundrecht. Sanktioniert kann eine solche Maßnahme nur dann werden, wenn sie im Gesetz eine Stütze findet, so daß dadurch die Rechtswidrigkeit des Zwanges ausgeschlossen werden würde. Der Anordnung des Gerichtes kann eine solche Kraft in keinem Falle beigelegt werden, deshalb ist die Annahme Steins irrig.

Die wenigen Gesetzesstellen, die hierfür in Betracht kommen, finden aber auf diesen Fall keine Anwendung und lassen einen derartigen Schluß nicht zu. Die einzigen direkt maßgebenden Stellen könnten nur die §§ 108 ZPO. und 232 II BGB. sein.

1) Nipperdey: Kontrahierungszwang, S. 7.
2) Sonnen, Festg., S. 30.
3) Stein-Jonas, § 108 V 1: die Anordnung des Gerichts begründet einen Kontrahierungszwang, d. h. eine Verpflichtung des Berechtigten, eine Bürgschaftserklärung, die den in der gerichtlichen Anordnung bestimmten Erfordernissen entspricht, anzunehmen.

Gemäß § 108 ZPO. kann das Gericht die Art der Sicherheit bestimmen. Aus diesem letzten Worte „bestimmen" könnte man nun zu folgern geneigt sein, daß das Gericht, wenn es einmal die Art der Sicherheit ausgewählt hat, weiter bestimmen kann, wie diese Art der Sicherheit praktisch durchzuführen ist, und es daher auch dem Sicherheitsberechtigten die Pflicht auferlegen könnte, die Bürgschaftsofferte anzunehmen. Gegen diese Annahme spricht aber einmal, daß der Gesetzgeber bei der Wahl des Wortlautes wahrscheinlich an eine so weitgehende Befugnis des Gerichtes gar nicht gedacht hat, da er andernfalls angesichts der schwierigen Rechtslage ausdrücklich darauf hingewiesen hätte. Ferner spricht dagegen, daß die freie, zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung stets der etwaigen Anordnung des Gerichtes vorgeht, und nicht zuletzt auch die Erwägung, daß die Machtbefugnis des Gerichtes nicht einmal so weit reicht, den Sicherheitsverpflichteten zur Leistung der Sicherheit zwingen zu können, sondern es in dessen Belieben gestellt ist, ob er Sicherheit leisten und dadurch ein prozessuales Recht erwerben will oder nicht. Das „bestimmen" des § 108 hat nur die Bedeutung, daß das Gericht das Recht hat, aus einigen wenigen, zur Verfügung stehenden Sicherheitsarten eine ihm zusagende auszuwählen und dadurch zu bestimmen.

Auch aus den Worten „Stellung eines Bürgen" in § 232 II BGB. läßt sich die Ausübung eines Zwanges auf den Sicherheitsberechtigten nicht ableiten. Damit ist nur die Tätigkeit des Sicherheitsverpflichteten fest umrissen, die sich in dem Stellen eines Bürgen erschöpft. Einen anderen Schluß hieraus ziehen zu wollen, wäre vollkommen unverständlich.

Diese beiden Gesetzesstellen würden also nichts dazu beitragen können, irgend einen Kontrahierungszwang für den Sicherheitsberechtigten ableiten zu lassen. Damit sind aber noch nicht alle Grundlagen des Gesetzes für einen etwaigen Zwang erschöpft. Eine ganz generelle Regelung findet sich nämlich weiter im § 826 BGB., nach dem die gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung eines anderen zum Schadensersatz verpflichtet.

Nichtkontrahieren stellt sich nämlich rechtlich als eine Unterlassung dar. Wird nun durch diese ein Schaden zugefügt, so ist diese Schadenszufügung durch Unterlassung dann rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung

durch ein positives Tun bestand. Eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch ein Tun besteht aber immer dann, wenn eine Unterlassung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise Schaden zufügen würde. Das bedeutet aber für unser Problem, daß eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch Kontrahieren: ein Kontrahierungszwang immer dann anzunehmen ist, wenn durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt werden würde.[4]

Wann liegen nun aber diese Voraussetzungen vor? Der Begriff der Sittenwidrigkeit, des Verstosses gegen die guten Sitten ist ein so lebhaft umstrittener, daß ein Eingehen auf diesen weit über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde. Aber selbst wenn man sich hier die etwas zu sehr auf des rein Aeußerliche abgestellte Definition des Reichsgerichts als die für die Praxis maßgebende zugrunde legt, und als sittenwidrig das ansieht, was „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht[5] und hiernach versucht, für unseren Fall zu einer Lösung zu kommen, so kann es nur die sein, daß auch aus § 826 ein Kontrahierungszwang sich nicht herleiten läßt. Im wesentlichen läuft dies auf die Beantwortung der Frage hinaus: Verstößt der Sicherheitsberechtigte gegen die guten Sitten, wenn er sich weigert, eine Annahmeerklärung für eine Bürgschaftsofferte abzugeben, um damit einen Vertrag zum Abschluß zu bringen, aus dem dem Verpflichteten indirekt ein Recht gegen ihn entsteht? Diese Frage ist aber zu verneinen! Ganz abgesehen davon, daß niemand verpflichtet ist, bei der Entstehung eines Rechts für einen anderen durch positives Tun mitzuwirken — ausgenommen in den Fällen einer gesetzlichen oder Vorverpflichtung, — würde es doch niemand für sittenwidrig halten, wenn jemand den Abschluß eines Vertrages verweigert, aus dem ihm selbst nur Rechte aber keine Pflichten entstehen. Der Sicherheitsberechtigte hat also die Wahl: entweder er schließt den Vertrag, dann erwirbt er allerdings ein Recht, schädigt sich aber insofern selbst, als er bei der Entstehung eines gegen ihn gerichteten Prozeßrechtes für den Verpflichteten mithilft. Oder aber er verzichtet auf

4) Im engen Anschluß an Nipperdey, a.a.O., S. 55/57, wo auch nähere Angaben gemacht sind. Vgl. ferner hierzu RGZ. 48, 127; 62, 266; 79, 229 u. OLG. Frankfurt a. M. i. JW. 20, 449.

5) RGZ. 48, 124 ff.

das für ihn entstehende Recht und läßt den Verpflichteten zunächst selbst zusehen, wie er nunmehr zu seinem Rechte kommen will. Hierdurch erschwert er natürlich dessen Lage. Aber soll man diese Handlungsweise als dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstreitend ansehen? Eine solche Annahme durfte auf jeden Fall zu weit gehen, nimmt doch das Reichsgericht nicht einmal in wesentlich schwierigeren und „unsauberen" Tatbeständen einen Verstoß gegen die guten Sitten an.

Aber weiter — und das ist das zweite Bedenken — wird es in den weitaus meisten Fällen überhaupt an einem Schaden fehlen, dessen selbst nur mögliche Entstehung die erste und unerläßliche Voraussetzung für die Anwendung des § 826 BGB. ist. Wird z. B. bei der Ermöglichung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung, die ja nur eine vorläufige Maßnahme ist und sich später oft genug als ungerechtfertigt herausstellt, nachträglich das Urteil geändert, so wird der durch diese vorläufige Maßnahme hervorgerufene Schaden fast nie auf Seiten des Sicherheitsverpflichteten, sondern gerade des Berechtigten liegen, zu dessen Schutz ja auch die Sicherheitsleistung überhaupt dient. Aus diesen beiden Gründen muß daher eine Anwendung des sich aus § 826 BGB. ergebenden Kontrahierungszwanges ebenfalls abgelehnt werden.

Aber nicht allein die vorerwähnten Gründe sprechen dagegen. Ausschlaggebend muß auch für diejenigen, die hier einen Kontrahierungszwang annehmen, folgende in logischer Durchführung des Gedankens sich ergebende Schwierigkeit sein:

Der durch Kontrahierungszwang auferlegte Befehl der Rechtsordnung begründet eine Verpflichtung, u. z. eine willensfremde Verpflichtung dahingehend, einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhaltes abzuschließen, d. h. die zum Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Irrig wäre es — und daran ist scharf festzuhalten — anzunehmen, der Kontrahierungszwang selbst ersetze die Erklärung des unter ihm stehenden. Ein Verzicht der Rechtsordnung auf den Vertrag zwischen den Parteien liegt nicht vor, ein solcher würde auch dem im Privatrecht herrschenden Einigungsgrundsatz vollkommen widersprechen. Bestünde also für die

Prozeßbürgschaft ein Kontrahierungszwang, so hätte wohl an sich der Gläubiger die Verpflichtung, die ihm zugehende Bürgschaftserklärung anzunehmen. Tut er dies freiwillig, dann ist natürlich alles in Ordnung und die Sicherheit ist geleistet. Wie aber, wenn er sich weigert, die Annahmeerklärung abzugeben? Hier bliebe dem Verpflichteten nichts anderes übrig, als seinen durch den Kontrahierungszwang begründeten Anspruch gegen den Berechtigten auf Annahme zwangsweise durchzusetzen und die einzige Möglichkeit hierzu wäre die Klage auf Angabe der Erklärung vor den ordentlichen Gerichten. Dieser Weg ist in allen Fällen des Kontrahierungszwanges, soweit — was hier aber nicht in Frage kommt — der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen ist, zu beschreiten. Es träte dann § 894 ZPO. in Erscheinung, daß nämlich, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Erklärung verurteilt ist, die Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Die Rechtslage wird dann so angesehen, als wenn der Schuldner die im Urteil erwähnte Willenserklärung selbst abgegeben hätte. Auf dem Wege der Fiktion wird also nach Feststellung der Verpflichtung des Schuldners der Vertrag als zwischen ihm und dem Gläubiger geschlossen angesehen.

Und die Folge für die Prozeßbürgschaft? Läßt man tatsächlich einen Kontrahierungszwang zu, so muß, wenn der Berechtigte sich weigert, die Annahmeerklärung abzugeben, auf deren Abgabe geklagt werden. Ist sodann das von dem Gläubiger = Sicherheitsverpflichteten erstrittene Urteil rechtskräftig, dann gilt der Bürgschaftsvertrag als geschlossen, die Sicherheit ist geleistet, § 894 ZPO.

Es dürfte sich erübrigen, die praktischen Folgen dieser Ansicht darzutun. Es genügt wohl der Hinweis darauf, daß die Bürgschaft als Sicherheitsleistung zur Erleichterung des Verpflichteten zugelassen worden ist und nicht dazu, ihm noch einen Prozeß, dessen Dauer unabsehbar ist, mehr aufzubürden. Daß derartige Prozesse in diesem Zusammenhange bisher aber noch nicht vorgekommen sind, spricht am deutlichsten gegen die Auffassung, hier einen Kontrahierungszwang annehmen zu wollen.[6]

6) Für Kontrahierungszwang: Stein-Jonas, § 108 V. 1. Breit i. JRdsch. 1926, 165. KG. 1927, 1322. OLG. Jena i. JW. 28, 2735.

Auch ein anderer hiermit in Verbindung stehender Lösungsversuch kann nicht als geglückt bezeichnet werden:

Man wollte hier damit helfen, daß man unter Hinweis auf die Zwangsmietverträge gleichsam einen Zwangsbürgschaftsvertrag annahm.[7] Leider wurde diese Ansicht nur damit begründet, daß Zwangsverträge dem modernen Recht nicht unbekannt sind.

Daß dem heutigen Recht Zwangs„verträge" nicht mehr unbekannt sind, ist eine äußerst bedauerliche Folge der unerquicklichen wirtschaftlichen Verhältnisse.[8] Man muß deshalb auch mit ihrer Anwendung äußerst vorsichtig sein und darf nicht versuchen, sie überall da einzuführen, wo nicht eine unbedingte Notwendigkeit sie rechtfertigt. Eine solche Notwendigkeit liegt aber hier nicht vor. Vor allem ist auch der Hinweis auf den Zwangsmietvertrag völlig verfehlt.

Während nämlich bei den Zwangsmietverträgen schon vorher für den verfügungsberechtigten Wohnungsinhaber eine Verpflichtung besteht, mit dem Wohnungssuchenden, der ihm vom Wohnungsamt zugewiesen wird, einen Vertrag abzuschließen, und erst dann, wenn dieser sich weigert, das Mieteinigungsamt den Vertrag festsetzt (§ 4 der Wohnungsmangelverordnung i. d. F. v. 24. XII. 23), ist die Sachlage hier doch die, daß, wie wir oben sahen, eine Verpflichtung des Sicherheitsberechtigten zur Annahme der Offerte nicht besteht. Es würde daher jede Grundlage zur Festsetzung eines Vertrages durch das Gericht fehlen. Aber weiter handelt es sich bei den Zwangsmietverträgen gar nicht um Verträge im privatrechtlichen Sinne, wie Bandmann[9] richtig ausführt, da ein Zwangsvertrag dem im Privatrecht herrschenden Einigungsprinzip widersprechen würde,[10] sondern um einen reinen, mit Rechtskraft ausgestatteten Verwaltungsakt, um ein öffentlichrechtliches Gestaltungsgeschäft, um einen Staatsakt mit privatrechtlichen Wirkungen.[11] Daher kann das Wort „Vertrag" in diesem Zusammenhange gar nicht gebraucht werden.

7) So Wunderlich i. JW. 1926, 2558 und wohl auch AG., Berlin-Mitte i. Dt. GerVzZtg. 1927, 18 ff.
8) Genzmer i. DJZ. 1922, 349 ff. Mannheim, Pr. VBl. 1922, 255.
9) Im Mietgericht 1926, 77 ff.
10) Auch die Enteignung ist kein Zwangskauf.
11) So auch Siber i. JJ. 70, 224.

Aus diesen Gründen ist daher eine Herübernahme des Zwangsvertrages auf unseren Fall nicht möglich: Man kann nicht ein spezifisch dem öffentlichen Rechte angehöriges Institut einfach auf das Privatrecht übertragen, um hier ein ähnliches Gebilde zur Entstehung zu bringen, zumal es sich um zwei vollkommen ihrem Wesen nach verschiedene Rechtstypen handelt. Sonach kann auch der Vorschlag Wunderlichs als zur Lösung des Problems geeignet nicht angesehen werden.

Als Ergebnis können wir daher feststellen, daß von einem Zwange beim Abschluß des Vertrages keine Rede sein kann. Damit entfallen aber auch alle anderen Möglichkeiten, einen Vertrag ohne Mitwirkung des Sicherheitsgläubigers abzuschließen.

§ 5.

Die Sicherheitsbürgschaft durch Stellung des Bürgen.

Die in dem vorgehenden Paragraphen entwickelten und kritisch betrachteten Vorschläge konnten nach allem zu einer befriedigenden Lösung nicht führen. Die ihnen gemeinsame Grundlage ist das Erfordernis eines Bürgschaftsvertrages zwischen dem Bürgen und dem Sicherheitsberechtigten auch im Prozeß. Da man nun einmal auf die Annahmeerklärung des Berechtigten nicht verzichten, diese andererseits auch nicht ersetzt oder umgangen werden konnte, waren diese Vorschläge von vornherein zum Scheitern bestimmt.

Schon früher wurde erwähnt, daß ein grundlegender Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und der prozessualischen Bürgschaft besteht: während sie dort auf einer Parteivereinbarung beruht, hat sie hier ihren Grund in einer Anordnung des Gerichtes. Und von diesem Unterschiede muß man auch ausgehen, wenn man ihre rechtliche Natur erfassen will. Der Fehler, den die Vertreter der oben erwähnten Ansichten begangen haben, ist der, sich diesen Unterschied nicht genügend klar vor Augen gehalten zu haben. Wohl versuchen sie mit allen Mitteln, die Annahmeerklärung des Berechtigten als überflüssig oder ersetzbar hinzustellen, können sich aber nicht entschließen, zuerst einmal zu fragen, ob denn wirklich über-

haupt ein Bürgschaftsvertrag vorliegen muß. Daß ein Vertrag für die zivilrechtliche Bürgschaft und deren Wirksamkeit unerläßlich ist, geht eindeutig aus § 765 BGB. hervor. Daß aber auch nur auf diese Weise im Prozeß Sicherheit durch Bürgschaft geleistet werden kann, hat das Gesetz an keiner Stelle zum Ausdruck gebracht. Hier muß vielmehr vor allem ein deutlicher Unterschied zwischen der zivilrechtlichen Haftung des Bürgen und der Bürgschaft als prozessualischer Sicherheitsleistung gemacht werden.

Das Gesetz hat selbst an einer Stelle eine für die Lösung unserer Frage sehr wichtige Hilfe gegeben, nämlich in § 232 BGB.:

„Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig."

Aus diesem Satze ergibt sich, daß die Sicherheit mit der Stellung eines Bürgen geleistet ist. Eine andere Deutung läßt diese Bestimmung nicht zu. Kein Wort wird hier davon gesagt, daß die Sicherheit durch Beibringung einer Bürgschaft oder gar durch Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zu leisten sei, sondern es genügt die Stellung eines Bürgen. Damit ist die Tätigkeit des Sicherheitsverpflichteten in vollkommen klarer und eindeutiger Form umschrieben. Was heißt nun aber „Stellung eines Bürgen"? Wann ist ein Bürge gestellt?

I.

Wie bei der zivilrechtlichen Bürgschaft, so ist auch hier Voraussetzung, daß sich ein in dem Urteil oder dem Beschluß, in dem die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft angeordnet wird, näher bezeichneter und mangels einer näheren Bezeichnung ein im Sinne des § 239 BGB. tauglicher Bürge, z. B. eine D.-Bank, bereit erklärt, für eine in Zukunft unter Umständen entstehende Forderung des Berechtigten gegen den Sicherheitsverpflichteten bürgen zu wollen, also eine Bürgschaftserklärung.

Die Form dieser Erklärung kann verschieden sein, obwohl die Vorschrift des § 350 HGB., nach der auf eine Bürgschaft, die auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschrift des § 766 BGB. keine Anwendung findet, sie also bei mündlicher Uebernahme gültig wäre, auch hier ihre Geltung behält, wird die Erklärung dennoch regelmäßig in schrift-

licher Form erteilt werden, da die bloß mündlich übernommene Bürgschaft sich als Prozeßsicherheitsleistung wenig eignet. Der Bankier, der zugunsten seines Kunden Prozeßsicherheit durch Bürgschaft leistet, pflegt in den weitaus meisten Fällen diesem die Bürgschaftsurkunde auszuhändigen, da Schuldner und Gläubiger nicht wie bei dem Kreditgeschäft Freunde im geschäftlichen Verkehr sind, sondern im Gegenteil sich feindlich gegenüber stehen. Daß der Gläubiger also, zu dessen Gunsten die Bürgschaft geleistet werden soll, mit seinem Schuldner zu dessen Bankier hingeht, kommt wohl kaum vor. Eine mündliche Bürgschaftserklärung müßte aber, um wirksam zu werden, zum mindesten vom Gläubiger vernommen werden. Weiter aber vollzieht sich die Leistung einer Sicherheitsbürgschaft nicht so formlos wie dies bei der außerprozessualischen häufig der Fall ist, denn bei der Sicherheitsleistung muß der Nachweis der Uebernahme der Bürgschaft gegenüber Dritten, dem Gericht, dem Gerichtsvollzieher usw. geführt werden, und das ist im allgemeinen nicht anders möglich, als durch Vorlegung einer entsprechenden Urkunde.

Aus diesen Gründen wird die Schriftform der Erklärung als ausnahmslose Regel anzusehen sein.

Das Gericht kann aber nun weiter noch innerhalb seines freien Ermessens Bestimmungen über Formerfordernisse der Bürgschaftsurkunde treffen. So kann es z. B., wenn Zweifel irgend welcher Art bestehen, anordnen, daß die Unterschriften unter der Erklärung von den im Handelsregister eingetragenen Vorstandsmitgliedern zu vollziehen sind, es kann deren notarielle Beglaubigung anordnen, es kann bestimmen, daß die ganze Bürgschaftsurkunde von einem Notar oder dem Gericht zu beurkunden ist. Andererseits kann es auch Erleichterungen dem Verpflichteten gewähren, indem es eine nur handschriftliche Zeichnung der zeichnungsberechtigten Vertreter als ausreichend betrachtet.

Hat das Gericht jedoch keine Bestimmung getroffen, was wohl in den meisten Fällen zutreffen wird, dann ist davon auszugehen, daß die materiell rechtlichen Bestimmungen, also einfache Schriftlichkeit bei Nichtkaufleuten gewahrt sein müssen und gleichzeitig genügen, so daß der Berechtigte eine Qualifizierung nicht verlangen kann.

Was nun den Inhalt der Bürgschaftserklärung anbetrifft, so ergibt sich aus § 239 II BGB., daß sie den Verzicht auf die

Einrede der Vorausklage enthalten muß. Es muß also selbstschuldnerisch Bürgschaft geleistet werden. Ferner ist eine zeitliche Begrenzung der Bürgschaft, wie sich aus ihrer Natur von selbst ergibt, unzulässig. Es genügt z. B. auch eine sogenannte Schadlos- oder Ausfallbürgschaft nicht, durch die sich der Bürge verpflichtet, für den Ausfall, den der Berechtigte durch den Aufschub der Zwangsvollstreckung erleidet, aufzukommen. Eine solche Haftungsbeschränkung entspräche den an eine Sicherheitsbürgschaft zu stellenden Anforderungen in keiner Weise. Die praktischen Folgen wären namentlich im Falle der Vermögenslosigkeit des Sicherheitsverpflichteten unhaltbare. Der Berechtigte wäre hier gegenüber einer durch Hinterlegung erfolgten Sicherheitsleistung erheblich benachteiligt. Während dort sein Pfandrecht weiter bestehen bliebe, könnte sich hier die Bank darauf berufen, daß, wenn schon tatsächlich auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils vollstreckt worden wäre, auch diese Vollstreckung fruchtlos ausgefallen wäre und somit aus dem Aufschube der Vollstreckung ein Schaden, für den sie aufzukommen habe, gar nicht entstanden sei.

Die Prozeßsicherheitsbürgschaft muß aber dem Berechtigten zum mindesten die gleichen Sicherheiten bieten, wie die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung. Der einzige Ausweg aus dieser Schwierigkeit ist der, daß man sich im Gegensatz zu der Ansicht verschiedener Kommentare,[1] nach der die Sicherheitsleistung gemäß § 713 II ZPO. lediglich dazu bestimmt sei, den dem Gläubiger aus dem Aufschube der Zwangsvollstreckung erwachsenden Schaden zu decken, stellt und sich der Ansicht anschließt, nach der die vom Schuldner bewirkte Sicherheitsleistung gemäß § 713 II zur Sicherung der eingeklagten Forderung selbst bestimmt ist, zumal ein Aufschub der Zwangsvollstreckung vielfach gleichbedeutend sein wird mit ihrer Fruchtlosigkeit.[2]

In den übrigen Fällen bestimmt sich die Haftung des Bürgen von selbst, so haftet er z. B. im Falle der Ermöglichung der Zwangsvollstreckung für den Schaden, den deren Vornahme angerichtet hat usw.

---

1) z. B. Förster-Kann, § 713, 2 b.
2) So mit Reimer, ZZP. 1926, 458, Breit i. JW. 1912, S. 780 und 786, ferner Stein-Jonas, § 713, V.

II.

Wenn nun auch der Verpflichtete die Erklärung seines Bürgen in urkundlicher Form besitzt, so ist der Bürge hiermit noch nicht gestellt. Es ist vielmehr selbstverständlich, daß dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben werden muß, von der Bürgschaftserklärung, durch die er ja ein Recht erlangen soll, Kenntnis zu erlangen: Die Erklärung muß dem Berechtigten zugegangen sein, § 130 BGB.

Der Zugang kann nun auf verschiedenen Arten bewirkt werden: Einmal kann man dem Berechtigten die Urkunde selbst aushändigen, dann ist sie ihm im Augenblick der Empfangnahme zugegangen, da für ihn hier eine Lage geschaffen ist, in der er sich normalerweise von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis verschaffen und dies nach den Gepflogenheiten des Verkehrs auch erwartet werden kann;[3] oder aber man kann ihm die Erklärung durch den Gerichtsvollzieher zustellen lassen und auch dann gilt nach § 132 BGB. die Erklärung als ihm zugegangen.

Das gleiche muß gelten, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind und die Zustellung von Anwalt zu Anwalt gemäß § 198 ZPO. erfolgt. Wenn man auch gerade in diesem Falle Zweifel an der Berechtigung des Anwalts zur Empfangnahme einer derartigen Erklärung hegen könnte,[4] so lösen diese sich, wenn man sich vor Augen hält, daß es sich hier um eine rein prozessuale Erklärung, allerdings mit materiellrechtlichen Folgen handelt, zu deren Empfangnahme der Anwalt auf Grund seiner Prozeßvollmacht berechtigt sein dürfte.[5]

Mit der Aushändigung der Urkunde an die zu sichernde Partei oder ihrer Zustellung ist der Bürge gestellt und die Sicherheit geleistet, ohne daß es einer Annahmeerklärung des Gegners und damit des Abschlusses eines Bürgschaftsvertrages bedarf. Mit dieser „Stellung des Bürgen" hat der Sicherheitsverpflichtete seiner ihm vom Gericht auferlegten Verpflichtung genügt.[6]

Von geringerer Bedeutung ist es hierbei, ob dem Gläubiger die Originalurkunde oder eine beglaubigte Abschrift zugestellt

3) RGZ. 50, 194.
4) Breit i. JRdsch. 1926, 169.
5) Stein-Jonas, § 108, V 2.
6) Wie hier Breit, Bankarch. 1926, S. 74, und Jdsch. 1926, S. 165, Arons i. LZ. 1927, 1193, Sonnen i. Festg., S. 2930. OLG. Dresden i. Seuff.Arch. 80, 190 ff. während die Stellung des KG. i. JW. 27, 1322 zweifelhaft ist.

wird. Ein besonderes Erfordernis ist vom Gesetz nirgends aufgestellt, vielmehr ergibt sich aus § 170 ZPO., daß auch die Zustellung einer beglaubigten Abschrift genügen muß, da es sich hier um eine prozessrechtliche Sicherheit handelt. Natürlich kann das Gericht auch hier eine Bestimmung etwa derart treffen, daß dem Gläubiger die Originalurkunde auszuhändigen ist. Ist dies aber nicht geschehen, was meistens der Fall sein wird, so gilt das Erstgesagte, wodurch natürlich das Recht des Gläubigers, die Aushändigung der Originalurkunde zu verlangen, nicht betroffen wird. Er braucht sich weder mit einer einfachen Abschrift noch mit einer beglaubigten zu begnügen.[7]

Ebensowenig ist die Hinterlegung der Originalurkunde erforderlich, wenn diese sich auch zur Vermeidung unliebsamer Vorkommnisse, besonders der Gefährdung der Banken in manchen Fällen sehr empfehlen wird.[8]

Im Gegenteil: Selbst, wenn das Gericht Sicherheitsleistung durch Hinterlegung der Bürgschafterklärung anordnen würde, so wäre die lediglich demgemäß geleistete Bürgschaft materiell mit allen ihren Folgen bedeutungslos. Das Gericht kann nach seinem freien Ermessen nur die Art und Höhe der Sicherheitsleistung bestimmen, nicht dagegen kann es gesetzliche Begründungsfaktoren ausschalten. Geleistet ist vielmehr die Sicherheit erst durch die Bürgschaftserklärung und deren Zugehen an den Gläubiger: Diese beiden Akte allein machen sie wirksam.[9]

Ein Hintertreiben der Sicherheitsleistung durch den Berechtigten ist sonach nicht mehr möglich. Selbst wenn dieser versuchen wollte, die Zustellung zu vereiteln, so würde die Wirkung der Zustellung, also die Bürgenstellung dadurch erreicht werden können, daß der Gerichtsvollzieher gemäß § 186 ZPO. die zu übergebende Bürgschaftsurkunde am Zustellungsorte hinterläßt und damit derselbe Erfolg erreicht werden würde, als wenn sie dem Gläubiger übergeben worden wäre.

Auch die Bürgenstellung für einen im Auslande befindlichen Sicherheitsberechtigten macht keine erheblichen Schwierigkeiten. Man könnte hier wohl einwenden, daß durch die Zustellung ein zu großer Zeitverlust entstünde, wie dies z. B. Bredenkamp[10] getan hat. Einzig und allein aber aus die-

7) RGRKomm., § 766, Nr. 3.
8) Vgl. das Beisp. Breits i. Bankarch. 1926, 73 ff.
9) RGZ. 61, 414.
10) In JW. 1927, 1306 und 2452.

sem Grunde anstelle der gesetzlich zugelassenen Bürgschaft einen Garantievertrag zu konstruieren, erscheint nun doch nicht als nötig.

Abgesehen davon, daß gerade der Garantievertrag in der Praxis auf Bedenken deshalb stoßen wird, weil er im Gesetz nicht geregelt und daher in seinen Rechtsfolgen weniger leicht zu übersehen ist,[11] besteht für diese Sonderregelung gar kein Bedürfnis. Die Gründe, die Bredenkamp zu seiner Annahme bewogen haben mögen, können nicht als stichhaltig angesehen werden. Eine Unmöglichkeit gegen einen im Auslande befindlichen Schuldner zu vollstrecken, besteht faktisch nur dann, wenn der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist.

Einmal aber wird der Sicherheitsberechtigte, wenn er sich im Auslande aufhält, in der Regel im Inlande einen Prozeßbevollmächtigten haben, an den mit derselben Wirkung wie an ihn Zustellungen bewirkt werden können. Sollte dies aber aus irgendeinem Grunde tatsächlich nicht der Fall sein, müßte also der Weg des § 199 ZPO. beschritten werden, d. h. eine Zustellung mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residierenden Gesandten oder Konsuls des Reiches erfolgen, dann würde dies auch keine sonderliche Erschwerung mit sich bringen. Praktisch wird auch hier wohl im wesentlichen nur der Fall der Zwangsvollstreckung werden, für deren Ermöglichung Sicherheit zu leisten ist. So will es wohl auch nur Bredenkamp. Selbst wenn man aber Bredenkamp folgen würde und zum Zwecke der Erleichterung hier einen Garantievertrag annähme, um eine Zustellung käme man in keinem Falle herum, da ja gemäß § 750 I ZPO. das Urteil dem Betreffenden zugestellt werden müßte, bevor überhaupt zu einer Zwangsvollstreckung geschritten werden könnte. Ob man nun aber gleichzeitig mit diesem die Bürgschaftserklärung zustellt oder nicht, das dürfte vollkommen unwesentlich sein. Ist der Aufenthalt des Berechtigten unbekannt, so kann in sein Vermögen nicht eher vollstreckt werden, bevor die Zustellung des § 203 ZPO. nicht bewirkt ist. Eine Beschleunigung kann also von dem Bredenkamp'schen Vorschlage nicht erwartet werden.

Auch in den Fällen des Arrestes und der einstweiligen Verfügung ist eine Notwendigkeit für den Bredenkamp'schen Vorschlag nicht erkennbar. Nach § 929 III ZPO. ist die Voll-

11) Wie dies Reichel in JW. 1927, 1625 richtig bemerkt.

ziehung des Arrestes auch schon vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Da der Zweck des durch Reichsgesetz vom 30. April 1886 hinzugefügten dritten Absatzes der ist, die Arrestvollziehung gegen Schuldner ausländischen oder unbekannten Aufenthaltes zu ermöglichen, hat die Praxis schon vorher hieraus gefolgert, daß die Sicherheit nur gegenüber dem Gericht geleistet, dagegen die Erklärung dem Berechtigten nicht zugestellt werden braucht.[12] Aus materiellrechtlichen Gründen ist ein sofortiges Zugehen der Bürgschaftserklärung an den Berechtigten nicht erforderlich, da ja der Bürge an seine Erklärung gebunden ist und der Berechtigte, sobald er wieder auftaucht, aus dieser Erklärung jederzeit einen die Haftung des Bürgen begründenden Bürgschaftsvertrag machen kann.

III.

Durch die hier entwickelte Lösung ist nunmehr eine klare und zweifelsfreie zivilprozessuale Lage geschaffen, deren materiellrechtliche Folgen sich je nach der Stellung des Berechtigten verschieden gestalten können.

Für die Haftung des Bürgen ist daran festzuhalten, daß sich diese noch nicht aus seiner Erklärung allein ergibt, sondern, daß dazu gemäß § 765 BGB ein Vertrag zwischen ihm und dem Berechtigten erforderlich ist.

Wir sahen, daß die Sicherheitswirkungen, d. h. die Rechtsfolgen, deren Eintritt von der Leistung der Sicherheit abhängig waren, schon dann eintreten, wenn dem Sicherheitsberechtigten der Bürge gestellt, ihm eine Offerte des Bürgen zugegangen ist. Aus dieser Offerte nun kann der Berechtigte, wenn er es will, einen materiellrechtlichen Bürgschaftsvertrag machen, durch den die zivilrechtliche Haftung des Bürgen begründet wird.

Gemäß § 145 BGB. ist derjenige, der einem andern die Schließung eines Vertrages angetragen hat, an diesen Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Da ein solcher Ausschluß der Bindung in einer Bürgschaftserklärung aber nicht als zulässig anzusehen ist, erlischt gemäß § 146 BGB. der Antrag erst, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt ist.

---

12) Stein-Jonas, § 929 III. OLG. Dresden i. Seuff. Arch. 44, 240, OLG. Frankfurt i. Seuff. Arch. 45, 122.

Daraus ergibt sich einmal, daß der Berechtigte jederzeit, sei es bei, sei es nach Zustellung der Erklärung diese Offerte annehmen kann, und andererseits, daß er dieses Recht dann nicht mehr hat, wenn er dem Bürgen gegenüber ausdrücklich erklärt hat, er nehme die in der Erklärung enthaltene Bürgschaftsofferte nicht an. Unschädlich ist dagegen ein solcher Verzicht gegenüber dem Sicherheitsverpflichteten oder dem Gerichtsvollzieher da nach § 146 BGB. die Ablehnung der Offerte gegenüber dem Antragenden, dem Bürgen, zu erfolgen hat, es sich also um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, die nach § 130 BGB. erst im Augenblick des Zugehens an den Empfänger oder seinen Vertreter rechtliche Kraft erlangt.

Die Annahme der Offerte braucht nun ihrerseits nicht ausdrücklich zu erfolgen. Dazu bedarf es keiner besonderen Erklärung, erforderlich ist nur, daß der Annahmeentschluß irgendwie durch schlüssige und unzweideutige Handlungen äußerlich in Erscheinung tritt, weil für das Verkehrsleben rein innere Vorgänge ohne Bedeutung sind. Da diese Handlungen nicht dem Antragenden gegenüber vorgenommen zu werden und zunächst auch nicht einmal zu seiner Kenntnis zu gelangen brauchen,[13] so wird man gemäß § 151 BGB. den Bürgschaftsvertrag, aus dem sich die Haftung des Bürgen ergibt, in dem Augenblick als abgeschlossen betrachten können, in dem der Berechtigte die Offerte widerspruchslos angenommen hat, im Falle des an sich unschädlichen Widerspruches gegenüber dem Verpflichteten oder dem Gerichtsvollzieher aber im Augenblick der Inanspruchnahme des Bürgen.[14]

Bisher hatten wir festgestellt, daß, trotz mangelnden Abschlusses eines Bürgschaftsvertrages, dennoch die Sicherheitswirkungen eintreten. Ist nun auch das Gegenteil möglich? Können trotz Abschlusses eines Bürgschaftsvertrages die Sicherheitswirkungen ausbleiben? Diese Frage ist von Sonnen insbesondere im Zusammenhang mit der Sicherheitsleistung zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung zu Unrecht bejaht worden.[15] Dies ist aber, wie schon Breit richtig ausführte[16] aus Gründen der Logik undenkbar. Praktisch wird

13) RGZ. 84, 320; 90, 434; Warneyer 1919, Nr. 131, 1922, Nr. 125.
14) RGZ. 57, 66, 261; 62, 379; 97, 193; Warneyer 1915, Nr. 49; JW. 06, 714; Seuff. Arch. 80, 191.
15) Festg. S. 31.
16) Jur. Rdsch. 1926, 165.

vor allem der Fall sein, daß das Gericht in seiner Anordnung an die zu beschaffende Bürgschaftsurkunde gewisse formale Erfordernisse gestellt hat, die bei Aushändigung oder Zustellung der Urkunde nicht gewahrt sind. Ein solches Bürgschaftsangebot widerspruchslos anzunehmen, ist der Berechtigte in keinem Fall verpflichtet. Es kommt infolgedessen, da die formalen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, auch nicht zur Auslösung der Vollstreckungswirkungen. Nun ist es aber selbstverständlich, daß der Sicherheitsgläubiger berechtigt sein muß, auf die zu seinem Schutze aufgestellten Erfordernisse zu verzichten. Es kann ihm von niemanden verwehrt werden, sich mit dieser anordnungswidrigen Bürgschaftsurkunde zufrieden zu geben. Hat er sich nun aber mit einem solchen Angebot begnügt, dann hat er freiwillig ein anderes Angebot als ein solches, mit dem er sich sonst hätte zwangsweise begnügen müssen, angenommen und damit von sich aus einen anderen als den ihm vom Gericht vorgeschlagenen Bürgschaftsvertrag zum Abschluß gebracht. Hier liegt dann ein besonderer Fall von vereinbarter Sicherheitsleistung vor, der nach § 108 I S. 2 der Bestimmung des Gerichts zum mindesten gleichgestellt ist: Ebenso wie die Parteien sich schon vorher ohne Mitwirkung des Gerichtes über die Sicherheitsleistung einigen können, ebenso müssen sie nachträglich auf eine vom Gericht vorgeschlagene verzichten können, zumal ja das gerichtliche Eingreifen im Falle der Einigkeit unter den Parteien stets gegenstandslos sein wird. Daher ist jede Anordnung des Gerichtes über eine bestimmte Form der Sicherheitsleistung stets erst unter der Voraussetzung wirksam, daß sich die Parteien nicht anderweitig durch Uebereinkunft gütlich über eine andere Art der Sicherheitsleistung geeinigt haben.[17] Verzichtet daher der Gläubiger auf die vom Gericht angeordneten Formalitäten der Bürgschaftsurkunde, so treten in jedem Falle mit der widerspruchslosen Entgegennahme der Urkunde auch die Sicherheitswirkungen ein, insbesondere ist ein Vorbehalt des Gläubigers etwa der Art, daß er wohl die Bürgschaftsofferte annehme gegen den Eintritt der Sicherheitswirkungen infolge Ordnungswidrigkeit der Urkunde aber protestiere, vollkommen bedeutungs- und wirkungslos.

Zusammenfassend ist daher folgendes zu sagen:

17) Wunderlich i. JW. 26, 2560; Volkmar, VerfO. § 108, II 2.

1) Die prozessualischen Sicherheitswirkungen treten mit der Aushändigung oder Zustellung der ordnungsmäßigen Bürgschaftsurkunde an den Gläubiger ein.

2) Die Annahmeverweigerung oder Ablehnung durch den Berechtigten ist zivilprozessual bedeutungslos.

3) Materiellrechtlich entsteht eine Haftung des Bürgen erst mit Abschluß eines Bürgschaftsvertrages.

4) Der Vertrag wird regelmäßig durch widerspruchslose Entgegennahme der Erklärung durch den Berechtigten, unter Umständen auch durch die Inanspruchnahme des Bürgen zum Abschluß gebracht.

5) Der Bürge ist aus der Haft entlassen, wenn der Berechtigte ihm gegenüber den Antrag abgelehnt hat.

III. Teil.

§ 6.

Die Sicherheitsbürgschaft in der Zwangsvollstreckung.

Gemäß § 751 Abs. II darf, falls die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen, und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Es entsteht daher jetzt die Frage, ob die in dem vorigen Abschnitt entwickelten Grundsätze durch diese Bestimmung eine Aenderung erfahren oder nicht, ob mit anderen Worten die einfache Schriftform der Bürgschaftserklärung für die Zwangsvollstreckung genügt oder nicht.

Diese Frage beantwortet Sonnen[1] folgendermaßen:

„Nach dem Recht der Zwangsvollstreckung müssen aber

1) Festg. S. 30 und ihm folgend: Arons i. LZ. 27, 1194. Baumbach, § 108 III und Rosenow i. JW. 27, 2099.

weitere Erfordernisse erfüllt sein, damit die Bürgschaft als Sicherheitsleistung in der Zwangsvollstreckung wirksam werden kann. Nach § 751 Abs. II ZPO. darf die Zwangsvollstreckung, die von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt nur vorgenommen werden, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Es genügt also hier nicht, die nach bürgerlichem Recht wirksame schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung. Nach bisherigem Recht, wo fast immer die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle geschah, war mit der Hinterlegungsquittung ohne weiteres eine öffentliche Urkunde gegeben. Jetzt, wo auch die Bürgschaft als Sicherheitsleistung auf Anordnung des Gerichtes zugelassen ist, führt das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung eine recht erhebliche Erschwerung herbei, da nunmehr noch eine besondere Urkunde zum Nachweise der Sicherheitsleistung gefordert wird, deren es zu ihrer Wirksamkeit im übrigen nicht bedarf, die auch praktisch nicht mit der Bestellung der Sicherheit ohne weiteres gegeben zu sein pflegt."

Des weiteren führt dann Sonnen aus, daß das Gericht diese Formvorschrift nicht etwa für unnötig erklären könne und daß sogar nach § 775 Nr. 3 ZPO. eine weitere Erschwerung insofern eintrete, als hiernach eine öffentliche Urkunde erforderlich sei, um eine Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erreichen.

Diese Auffassung Sonnens beruht auf einer vollkommenen Verkennung der Rechtslage und hat auch in Literatur und Rechtsprechung keinen Anklang gefunden. Aus § 751 läßt sich für diese Ansicht nichts entnehmen, vielmehr ist diese Bestimmung auf die Sicherheitsbürgschaft überhaupt nicht anwendbar.

Sonnen macht den verhängnisvollen Fehler, eine Gesetzesbestimmung, die auf ein ganz anderes Rechtsverhältnis zugeschnitten ist, auf ein neues, dem ersten völlig unähnliches, schablonenhaft anzuwenden, ohne sich den grundlegenden Unterschied zwischen diesen beiden klar vor Augen zu halten.

Wenn auch das Gesetz schon vor der Novelle von 1924, einige Fälle der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft kannte, so waren dies doch nur unbedeutende Ausnahmen, auf die die übrigen Vorschriften der Prozeßordnung nicht abgestimmt waren. Eine generelle Regelung fanden nur die immer wiederkehrenden Fälle der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung. Dagegen fehlt eine gesetzliche Regelung für die Sicherheitsbürgschaft vollkommen. Das erklärt sich zum großen Teil wohl daraus, daß sich die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung schematisch regeln läßt, während bei der Bürgschaft der praktische Fall von Mal zu Mal sein Gesicht ändern wird und sich deshalb eine allgemeine Regelung von selbst verbietet.

Wenn nun in § 751 der Nachweis der Sicherheitsleistung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde verlangt wird, so kann nach dem Obengesagten kein Zweifel darüber bestehen, daß unter dieser Urkunde nur die Annahmeerklärung der Hinterlegungsstelle, die Hinterlegungsquittung gemeint sein kann, denn mit dieser ist von vornherein eine öffentliche Urkunde gegeben. Der Zweck dieser Bestimmung ist, dem Gläubiger von der tatsächlich erfolgten Hinterlegung Kenntnis zu geben, ihn davon zu unterrichten, daß die vom Sicherheitsverpflichteten geforderte Sicherheit für ihn, den Gläubiger geleistet ist. Ganz anders aber liegt nun der Fall der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. Während bei der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung für den Gläubiger an dem hinterlegten Geld oder den Wertpapieren ein Pfandrecht kraft Gesetzes entsteht (§§ 232, 233 BGB.) wäre ein solches Recht in unserem Falle völlig bedeutungslos. Woran sollte wohl hier ein Pfandrecht entstehen? An der vollkommen wertlosen Bürgschaftserklärung? Hinterlegtes Geld oder hinterlegte Wertpapiere repräsentieren in sich einen Wert, das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier. Anders dagegen die Bürgschaftsurkunde, die in sich keinen Wert verkörpert. Wenn auch Urkunden gemäß § 4 der Preuß. Hinterlegungsordnung von 1913 hinterlegungsfähig sind, so handelt es sich im besten Falle, abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen, z. B. wertvolle Sammlerurkunden, um eine besonders sichere Aufbewahrung der Urkunde, wie z. B. im Safes einer Bank. Eine andere Bedeutung kann der Hinterlegung hier nicht beigemessen werden.

Beide Fälle lassen sich also schlechterdings nicht miteinander vergleichen. Die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde gehört keineswegs zu den gesetzlichen Erfordernissen der rechtswirksamen Leistung einer Sicherheitsbürgschaft. Was den Sicherheitsberechtigten hier interessiert, ist nicht die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde bei der Hinterlegungsstelle, sondern die Abgabe einer rechtsverbindlichen Bürgschaftserklärung durch den vom Gericht vorgeschlagenen Bürgen. Diese kann aber nun nicht hinterlegt werden, sondern muß dem Berechtigten zugehen.

Was daher bei Beginn der Zwangsvollstreckung dem Vollstreckungsorgan nachzuweisen ist, ist nicht die Hinterlegung der Bürgschaftserklärung, sondern die Zustellung der Bürgschaftserklärung an den Berechtigten. Zu diesem Nachweis genügt es aber, wenn der Sicherheitsverpflichtete dem Gerichtsvollzieher eine mit dem Zustellungsvermerk versehene Abschrift der Erklärung vorlegt oder die Urkunde gleichzeitig mit dem Vollstreckungsauftrage dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergibt.[2] Eine doppelte Zustellung der Urkunde wäre nunmehr eine nutzlose Formalität.

Von einer direkten Anwendung des § 751 II kann in diesem Zusammenhange keine Rede sein. Fraglich kann nur noch sein, ob nicht etwa eine analoge Anwendung in Betracht kommen könnte oder ein besonderes praktisches Bedürfnis eine derartige Regelung erheischt. Beide Fragen sind aber zu verneinen.

Einmal ist Analogie „die Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse wegen Gleichheit des Grundes."[3] Danach wäre zunächst einmal erforderlich, daß es sich um zwei Fälle handelte, die sich im Grunde gleich wären. Das kann aber von den beiden in Frage stehenden nicht behauptet werden. Ihre verschiedene rechtliche Gestaltung springt vielmehr sofort ins Auge: Während bei der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung der Berechtigte ein Pfandrecht an den hinterlegten Werten erwirbt, kann hier von einem Pfandrecht überhaupt nicht die Rede sein, da jeglicher Wert fehlt. Während dort die Ent-

2) Daher Schriftlichkeit der Erklärung die Regel.
3) Dernburg: System I, § 32, S. 63.

stehung des Pfandrechtes durch die Zustellung der Hinterlegungsquittung dokumentiert werden soll, wird hier mit der Zustellung der Bürgschaftserklärung die Leistung der Sicherheit beabsichtigt. Im ersten Falle ist die Sicherheit schon mit der Hinterlegung geleistet, während dieser Erfolg im zweiten Falle erst durch die Zustellung hervorgerufen wird. Es handelt sich also um zwei völlig voneinander verschiedene und unähnliche Fälle, deren einer nicht nach Analogie des anderen behandelt werden kann. Endlich fehlt auch ein praktisches Bedürfnis zur Regelung der Frage in diesem Sinne.

Das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung könnte doch letzten Endes nur deshalb aufgestellt werden, um etwaigen Fälschungen vorzubeugen und um so einen Schutz für den Berechtigten darzustellen. Nun ist aber einmal eine öffentlich beglaubigte Erklärung niemals ein Beweis dafür, daß tatsächlich eine materiell rechtsverbindliche Bürgschaftserklärung vorliegt, man denke z. B. daran, daß der zeichnungsberechtigte Vertreter der Bank, dessen Erklärung beglaubigt wird, zur Zeit ihrer Abgabe geisteskrank ist oder die Erklärung aus einem sonstigen Grunde rechtswirkungslos ist. Demnach würde selbst bei einer öffentlich beglaubigten Erklärung eine Sicherheit für den Berechtigten in dieser Hinsicht nicht erreicht werden. Ferner aber spricht gegen die Annahme einer etwaigen Fälschung die Tatsache, daß das Gericht von seinem freien Ermessen nur zweckmäßigen Gebrauch machen und nur solche Bürgen zulassen wird, deren geschäftliche Solvenz außer Frage steht. Und gerade bei solchen Unternehmungen ist die Möglichkeit einer unauffälligen Fälschung so gering, daß sie bei der Behandlung dieser Frage völlig außer Betracht bleiben kann. So dürfte die Fälschung der Bürgschaftserklärung einer D-Bank nahezu in das Bereich der Unmöglichkeit gehören. Sollten jedoch in dieser Hinsicht irgend welche Zweifel bestehen, so hat der Berechtigte immer noch die Möglichkeit, bevor ein Schaden entsteht, im Vollstreckungsverfahren selbst nach § 766 ZPO. oder in einem besonderen Prozeß die Rechtsverbindlichkeit der Bürgschaft, d. h. der Bürgschaftserklärung zu bestreiten und auf diese Weise die Einstellung etwaiger Vollstreckungsmaßnahmen zu erreichen.

Nach alledem ergibt sich jedoch, daß ein gesetzlicher Zwang der öffentlichen Beglaubigung nicht anerkannt, insbesondere nicht aus § 751 II hergeleitet werden kann.

Aus denselben Gründen ist daher auch eine Anwendung des § 775 Nr. 3 auf unseren Fall ausgeschlossen.[4]

Es ist demnach daran festzuhalten, daß nicht, wie Sonnen es will, sich zwei verschiedene Sicherheitsbürgschaften gegenüber stehen, die eine im Prozeß (§ 110 ZPO.) und die andere in der Zwangsvollstreckung, sondern daß es sich um ein einheitliches Rechtsgebilde handelt, das einheitlich, in entsprechender Anwendung der für die Leistung Zug um Zug in § 726 getroffenen Regelung zu behandeln ist.

Daß es sich hierbei um eine Differenz zwischen altem Wortlaut und neuem Sinn handelt, ist zweifellos. Doch sind derartige Widersprüche in der modernen Gesetzgebung keineswegs so unbekannt und zum großen Teil bedingt durch die stückweise und übereilte Neuregelung wie ja auch die Novelle vom 13. Februar 1924 nur ein fragmentarischer Vorläufer einer Gesamtneuregelung der Prozeßordnung ist.

§ 7.

Die Lösung des Bürgerschaftsverhältnisses.

Auch die Frage, wann und auf welche Weise der Bürge eine Befreiung von seiner Haftung gegenüber dem Sicherheitsberechtigten erreichen kann, ist noch nicht vollständig geklärt, wenn man auch jetzt schon erkennen kann, wie sich ihre Lösung gestalten wird und muß. Vor allem muß man sich hierbei stets vor Augen halten, daß die Bürgschaft als Sicherheitsleistung deshalb zugelassen worden war, um den Parteien eine Erleichterung von den früheren strengen Vorschriften zu gewähren. Man darf daher keinesfalls in den Fehler verfallen, hier Schwierigkeiten zu konstruieren, die nicht vorhanden sind. Dies ist aber leider sehr zum Nachteil für die Fortentwicklung der Sicherheitsbürgschaft von einigen Seiten geschehen.

Eine bestimmte gesetzliche Regelung ist speziell für die Beendigung der Sicherheitsbürgschaft nicht getroffen worden. Weniger wohl deshalb, weil man eine solche für über-

4) Stein-Jonas, § 751 II. 2; Breit i. JurRdsch. 26, 165 ff. Wunderlich i. JW. 26, 2558; Bredenkamp i. JW. 27, 1306; KG. i. JW. 1927, 1322. OLG. Dresden i. Seuff. Arch. 80, 189. AG. Berlin-Mitte i. Dt. Gerichtsv. Ztg. 1927, 18 ff. David i. JW. 1927, 2429 und die Kommentare.

flüssig erachtete sondern weil man in der Eile nicht daran gedacht hatte.

Die einzige gesetzliche Bestimmung, in der die Rückgabe der Sicherheit behandelt wird, ist § 109 ZPO. Es ist daher nunmehr zu untersuchen, ob das in ihm behandelte Rückgabeverfahren auch auf unseren Fall der Sicherheitsbürgschaft Anwendung finden kann.

So wie die übrigen Bestimmungen der Prozeßordnung war allerdings auch diese ursprünglich nur auf den gewöhnlichen Fall der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung zugeschnitten. Dies ergibt sich auch aus den Worten „Rückgabe der Sicherheit", denn nur da ist etwas zurückzugeben, wo etwas hinterlegt ist. Und aus diesem Grunde ist die Anwendung des § 109 ebenso wie die des § 715 auf die Sicherheitsbürgschaft abgelehnt worden.

Man könne nicht die Vorschriften der ZPO., die nur für den normalen Fall der Sicherheitsleistung Geltung hätten, auf die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft übertragen, ohne dem ganzen Wesen des Vertrages und der Verbindlichkeit Gewalt anzutun. Eine Rückgabe der Sicherheit, wie es im § 109 vorgesehen sei, könne nur erfolgen, wenn es sich um hinterlegte Gegenstände handele, da mit deren Rückgabe begriffsnotwendig das Pfandrecht an ihm erlösche:

> „Solange die Rückgabe nicht erfolgt ist, bleibt das Pfandrecht bestehen, mag auch der Rückgabebeschluß längst ergangen sein. Niemals steht es dem Prozeßgericht zu, über Ansprüche und Verpflichtungen einer der beiden Parteien zu disponieren, immer handelt es sich nur um die bloße Rückgabe der hinterlegten Gegenstände. Will daher der Bürge Klarheit haben, ob eine Verpflichtung auf seiner Seite noch besteht, d. h. ob überhaupt eine Bürgschaftsverpflichtung auf seiner Seite zustandegekommen ist, so muß er zur Erhebung der Feststellungsklage schreiten."[1]

Hiermit verfällt aber Breit in denselben Fehler, den er bei Sonnen gerügt hat, nämlich den des allzu großen Formalismus, der dem Charakter und Natur der Sicherheitsbürgschaft nicht gerecht wird. Bedenkt man, daß der Sicherheitsberechtigte an der Haftentlassung des Bürgen gar kein Inter-

1) So Breit i. JurRdsch. 1926, 175. Mit ihm Stein-Jonas, 12.—13. Auflage zu § 109. Wunderlich i. JW. 26, 2559; und Pick i. Bankarch. 1927, 352.

esse hat, sich also stets gegen diese verwahren wird, so wäre der praktische Erfolg der, daß der Bürge jedesmal, um Gewißheit darüber zu erlangen, ob er dem Berechtigten haftet oder nicht, gegen diesen auf Feststellung klagen müßte, daß ein Anspruch gegen ihn nicht besteht. Dies hätte aber eine derartige Häufung von Prozessen und völlig überflüssige Verteuerung der Sicherheitsbürgschaft zur Folge, daß von einer Erleichterung der Parteien durch diese Regelung nicht mehr gut die Rede sein könnte. Die Sicherheitsbürgschaft wäre dann in der Tat eine nur mit erheblicher Vorsicht zu benutzende Einrichtung, wenn die Klärung der Rechtslage letzten Endes im Wege einer von dem Bürgen auf Kosten des Hauptschuldners gegen den Berechtigten anzustrengenden negativen Feststellungsklage herbeigeführt werden müßte. Aber auch ganz abgesehen von dieser praktischen Folgeerscheinung, ist in diesem Fall die scharfe Trennung von Sicherheitsleistung durch Hinterlegung und der durch Bürgschaft nicht gerechtfertigt.

Wenn der Gesetzgeber das Anwendungsgebiet einer Vorschrift, wie hier des § 108 erweitert, es dabei aber unterläßt, eine damit in Zusammenhang stehende Spezialbestimmung der erweiterten Fassung anzupassen, so ist der Schluß, daß die Spezialbestimmung nur für das alte engere Anwendungsgebiet gelten soll, nur dann gerechtfertigt, wenn irgend ein durchgreifender Grund für diese einengende Auslegung ersichtlich ist. Dies ist aber hier nicht der Fall:

> „Aus der Tatsache allein, daß in einem Novellengesetz bei Fassung ineinandergreifender Vorschriften eine Konsequenz nicht ausdrücklich gezogen ist, kann unmöglich der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber bei der Novelle die Konsequenz abgelehnt habe."[2]

Wenn auch in dem vorhergehenden Paragraphen eine Anwendung des § 751 II auf die Sicherheitsbürgschaft mit der Begründung abgelehnt wurde, daß die dortige Regelung nur für den normalen Fall der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung getroffen ist, so steht diese Tatsache nunmehr einer Anwendung des § 109 nicht im Wege. Dies zeigt der tiefere Sinn des § 109.

Diese Bestimmung will immer dann, wenn die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung fortgelassen ist, ein möglichst

2) Jonas i. JW. 28, 3062 Anm.

einfaches Verfahren zur Verfügung stellen, in dem derjenige, der ein Interesse an der Aufhebung der Sicherheit hat, von dem Berechtigten deren Freigabe soll verlangen können. Dieses Interesse an der möglichst schnellen Freigabe ist bei der Sicherheitsbürgschaft ebenso stark wie bei der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung. Wenn nun auch von einer Rückgabe der Sicherheit die Rede ist, so ist es doch vollkommen unberechtigt, hieraus zu schliessen, daß dort, wo eine körperliche Rückgabe der Sicherheit, in die der Gegner zu willigen hätte, nicht erfolgen kann, auch das Rückgabeverfahren nach § 109 nicht in Frage kommen könne. Dieser Schluß hängt in der Luft. Die Rückgabe der Sicherheit ist bei der Hinterlegung lediglich die äußere Form, in der die Freigabe erfolgt. Wird daher gemäß § 109 einer Partei aufgegeben, in die Rückgabe der Sicherheit zu willigen, so ist dies gleichbedeutend damit, daß diese Partei ein Recht auf die Sicherheit nicht mehr besitzt und auf sie verzichten muß. Eine solche gerichtliche Anordnung ist aber auch bei der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft durchaus möglich. Der Beschluß nach § 109 enthält begrifflich ein zweifaches: Die der Rechtskraft fähige autoritative Lösung des Haftungsverhältnisses und die sich daraus ergebende, der Vollstreckung fähige Rückgabeanordnung. Letzteres kommt nun bei der Sicherheitsbürgschaft nicht in Frage, da ja, wie wir oben sahen, die Bürgschaftsurkunde nicht hinterlegt werden braucht, andererseits aber mit deren Rückgabe an den Bürgen dessen Haftung nicht erlischt. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb dann auch die autoritative Lösung des Bürgschaftsverhältnisses ausgeschlossen sein sollte. Bei der Bürgschaft handelt es sich vielmehr noch um etwas anderes: Der Prozeßbürge hat sich durch seine Erklärung gegenüber dem Berechtigten verpflichtet, für die Erfüllung einer unter Umständen entstehenden Verbindlichkeit einzustehen. Das Vorhandensein einer solchen Verbindlichkeit ist daher, wie bei der materiellrechtlichen Bürgschaft, Voraussetzung für die Haftung des Bürgen. Ist eine solche Verbindlichkeit des Verpflichteten nicht entstanden, dann besteht auch eine solche des Bürgen nicht. Danach hat das Gericht nicht zu bestimmen, daß die Bürgschaftsurkunde zurückzugeben sei, sondern es hat festzustellen, daß eine Verbindlichkeit des Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten nicht besteht und nicht

mehr entstehen kann. Mit dieser gerichtlichen Feststellung erledigt sich auch gleichzeitig die Haftung des Bürgen. Auf Grund dieses Beschlusses kann daher der Bürge nun auch gem. § 371 BGB. von dem Berechtigten die Urkunde zurückverlangen, wenn auch deren Rückgabe nur noch ein Akt von formaler Bedeutung ist, da ja die Enthaftung des Bürgen bereits mit der Rechtskraft des Beschlusses eingetreten ist.[3]

Die Behauptung Breits, daß es niemals dem Prozeßgericht zustünde, über Ansprüche und Verpflichtungen einer der Parteien zu entscheiden, ist völlig unbewiesen und ungerechtfertigt. Auch bei dem Rückgabebeschluß über hinterlegte Gegenstände hat das Gericht in erster Linie zu prüfen, ob die Veranlassung für die Sicherheitsleistung fortgefallen ist. Die Veranlassung zur Sicherheit besteht aber in der Möglichkeit des Schadens, der dem Gegner aus der Durchführung einer vorläufigen Maßregel entstehen kann, wenn diese sich als ungerechtfertigt erweist. Die Veranlassung ist weggefallen, wenn sicher ist, daß kein Schaden entstanden ist oder doch kein weiterer entstehen kann.[1] Das Gericht verfügt also bei diesem Beschluß in genau demselben Maße über Ansprüche der Parteien wie bei dem Feststellungsbeschluß im Falle der Lösung des Bürgschaftsverhältnisses. Die Einwendungen Breits treffen daher nicht den Kern der Sache. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß § 109 und mit ihm § 715 ZPO. auf die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft anwendbar sind.

§ 8.

Die Kosten der Sicherheitsbürgschaft.

Die Frage, ob und inwieweit die Kosten einer vom Gläubiger beigebrachten Sicherheitsbürgschaft erstattungsfähig sind oder nicht, ist von wesentlicher praktischer Bedeutung.

Man lehnte die Erstattungsfähigkeit der Kosten mit der Begründung ab, daß nach § 788 ZPO. die Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner nur insoweit zur Last fielen, als sie notwendig im Sinne des § 91 ZPO. seien. Hieraus ergäbe sich zunächst, daß sie vom Schuldner nicht zu tragen seien, sofern sie vom Gläubiger vermieden werden konnten.[2] Wenn

3) So auch Sonnen i. Festg. S. 32. OLG. Karlsruhe ZZP. 1928, 446. Jonas i. JW. 28, 3062. Rosenberg, § 80 II 3. Stein-Jonas, 14. Aufl., § 109 II 2.

1) Stein-Jonas, § 109 III.

es nun aber dem Sicherheitsverpflichteten angebracht erscheine, anstatt der im Urteil vorgesehenen gewöhnlichen Art der Sicherheitsleistung (Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren) eine andere Art zu wählen und zu erwirken (z. B. durch Bürgschaft), so könne er die damit verbundenen Kosten nicht auf den Schuldner abwälzen.

Ein Erstattungsanpruch sei aber weiter deshalb unbegründet, weil nur die Kosten der Zwangsvollstreckung vom Schuldner zu tragen seien. Zu diesen gehörten aber nicht die Aufwendungen, die der Gläubiger machen müsse oder mache, um die Vollstreckung vorzubereiten, also auch nicht die Kosten der Sicherheit, von deren Beibringung die Vollstreckung eines Urteils abhängig gemacht worden sei.[3]

Die Entscheidung des Kammergerichts verneint die Erstattungsfähigkeit der Kosten aus zwei Gesichtspunkten: Einmal deshalb, weil sie nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig und ferner auch nicht als Kosten der Zwangsvollstreckung anzusehen seien. Sieht man zunächst einmal von der Erörterung über die Richtigkeit des letzten Argumentes ab, da das hier zu behandelnde Gebiet sich nicht nur auf die Sicherheitsleistung zum Zwecke der Ermöglichung der Zwangsvollstreckung beschränkt, so hängt die Beantwortung der Frage der Erstattungsfähigkeit davon ab, ob man die Kosten der Beibringung einer Bürgschaft als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig ansehen kann oder nicht.

Schon in der früheren Rechtsprechung sind die für die Hinterlegung der Sicherheit der Partei erwachsenen Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich und deshalb als Prozeßkosten erstattungsfähig anerkannt worden.[4] Dieser Tatsache ist nun die gegenüber zu stellen, daß eine Gesetzesänderung den Anlaß für die hier zu entscheidende Frage bildet. Während früher die prozessualische Sicherheit im wesentlichen nur durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren geleistet werden konnte, ist heute in erster Linie das richterliche Ermessen maßgebend. Welche Motive für diese Gesetzesänderung ausschlaggebend gewesen sein mögen, ob die Unzuträglichkeiten durch die schnelle Geld-

2) OLG. 23, 209.
3) So KG. XXV. ZS. in ZZP. 1928, 478. Stein-Jonas, § 788 I. 2. Sydow-Busch, § 788, 1 i. JW. 18, 743; 25, 77. OLG. 37, 170.
4) OLG. 3, 433; 5, 167; 13, 97; 23, 163; 39, 41.

entwertung oder die nach der Stabilisation der Mark eingetretene Geldknappheit ist hierbei ohne Bedeutung. In jedem Falle ist heute für die Zulässigkeit der Bürgschaft als Sicherheit Voraussetzung, daß entweder das Gericht sie angeordnet hat oder die Parteien sich darüber geeinigt haben.

Nach § 232 II BGB. ist die Stellung eines tauglichen Bürgen dann zulässig, wenn der Vollstreckungsgläubiger nicht in der Lage ist, die Sicherheit in der nach § 232 I BGB. bestimmten Art zu leisten. Von dem Vorliegen dieser Voraussetzung hat sich das Gericht zu überzeugen. Es geht daher in jedem einzelnen Falle eine Prüfung der Frage voraus, ob nach den Umständen des Falles die gewöhnliche Art der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung durch eine für den Gläubiger günstigere und bequemere zu ersetzen ist. Wenn sich nun aber das Gericht von dem Vorliegen der Voraussetzung für die Zulässigkeit der Sicherheitsleistung in der Form des § 232 II überzeugt hat, so muß die danach zugelassene Art der Sicherheit auch als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen werden.

Der etwaige Einwand des Sicherheitsberechtigten, der Sicherheitsverpflichtete habe unter Benachteiligung seiner Interessen den Weg der teureren Bankbürgschaft gewählt, verliert dadurch an Kraft, daß die Bankbürgschaft durch das Gericht ausdrücklich zugelassen wurde, oder die Parteien sich dahin geeinigt haben. In beiden Fällen aber spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Mehrkosten der Bürgschaft auch nach Ansicht des Gerichtes zweckentsprechend und notwendig waren. Ferner darf auch nicht übersehen werden, daß ein etwaiger neuer Prozeß wegen Verzugsschadens (s. u.) durch Entwertung der hinterlegten Beträge dem Schuldner mehr Kosten macht als eine Zweckbürgschaft. Und schließlich ist dem Gläubiger auch nicht zuzumuten, nachdem ihm mit dem eine Sicherheit auferlegenden Urteil oder Beschluß ein gesetzliches Recht auf Eintritt der davon abhängigen Rechtsfolgen erwachsen ist, sich dieses Rechtes dadurch zu begeben, daß er die mit der geeigneten Sicherheitsleistung verbundenen Mehrkosten selbst tragen soll. Dies muß umsomehr bei der heutigen Geldknappheit gelten, wo der Bargeldverkehr möglichst eingeschränkt werden soll, und die Festlegung des Bargeldes außerhalb des Betriebes der Partei möglicherweise noch größeren Schaden verursachen würde als

die Kosten der Bankbürgschaft. Hinter diesen Erwägungen muß die Rücksicht auf den Sicherheitsberechtigten, dem die Bürgschaft teurer kommt als die Barhinterlegung, zurücktreten. Daß mit der hier vertretenen Auffassung der weitere Vorteil verbunden ist, daß den Parteien die Kosten eines neuen selbständigen Prozesses wegen der strittigen Aufwendungen erspart bleiben, braucht kaum hervorgehoben zu werden.[5]

Nach dieser grundsätzlichen Bejahung der Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Sicherheitsbürgschaft aus § 91 ZPO. hat der Streit um die Frage, ob diese Kosten unter die aus § 788 ZPO. zu erstattenden Zwangsvollstreckungskosten fallen, für unser Problem, auch im Falle der Sicherheitsleistung zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung eigentlich nur ein beschränktes Interesse. Trotzdem soll auch an dieser Stelle hierzu prinzipiell Stellung genommen werden.

Allerdings geht die im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrschende Meinung dahin, daß Aufwendungen, die nur mittelbar der Zwangsvollstreckung dienen oder durch sie veranlaßt werden, als Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 ZPO. nicht anzusehen sind und daß deshalb zu diesen Kosten auch nicht Geldbeträge wie Bankprovisionen für Bürgschaftserklärungen gehören, die der Gläubiger für die Beschaffung der zu leistenden Vollstreckungssicherheit entrichtet hat.[6]

Der einzige Weg, auf dem der Verpflichtete sonach einen Ersatzanspruch gegen den Berechtigten geltend machen kann, wäre nach der obigen Reichsgerichtsentscheidung der einer besonderen Klage, und zwar auf Grund der Vorschriften über den Schuldnerverzug. Doch schon diese Verweisung auf einen besonderen Rechtsstreit ergibt die Unhaltbarkeit der herrschenden Ansicht. Es ist unverständlich, wie man sie mit den heute von Tag zu Tag mehr in Erscheinung tretenden Bestrebungen nach Entlastung der Gerichte und Verbilligung der Prozesse für die Parteien in Einklang bringen will. Dabei ist allerdings bei der Entscheidung des Reichsgerichts zu berücksichtigen, daß sie vom 18. März 1897, also aus einer Zeit stammt, deren wirtschaftliche Verhältnisse mit den heutigen

5) So im Gegensatz zum XXV. ZS. des KG. der XX. ZS i. JW. 28, 2152, ferner die OLG. Naumburg i. JW. 27, 531, Stuttgart i. JW. 28, 1879, Hamburg i. JW. 28, 753, Dresden i. JW. 27, 1499.

6) So RG. i. Gruch. 41, 183; Stein-Jonas, § 788 I, 2. Sydow-Busch, § 788, 1 i. Seuff. § 788, 1 b. Neumüller, § 788, 1 Falkmann, S. 356, Hein, S. 191, JW. 18, 743; 25, 1270, 27, 1360.

in keiner Weise in Parallele gesetzt werden können. Aber gerade aus diesem Grunde ist ein Zurückgreifen auf sie völlig verfehlt, und umso unverständlicher ist die Stellungnahme der übrigen Anhänger der herrschenden Ansicht. Man zwingt den Gläubiger, den Weg der gerichtlichen Klage zu beschreiten mit der wenig überzeugenden Begründung, daß es sich zwar um Kosten der Zwangsvollstreckung handele, die der Zwangsvollstreckung dienen und für die der Schuldner deshalb aufzukommen habe, daß es sich aber wiederum nicht um Kosten der Zwangsvollstreckung handele, da sie nicht unmittelbar für Vollstreckungsakte entstanden seien, sondern nur mittelbar diese ermöglichten.

Diese Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Zwangsvollstreckungskosten erscheint vollkommen willkürlich[7] und findet im Gesetz selbst keine Stütze. Nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens sind Kosten der Zwangsvollstreckung alle die Kosten, die der Gläubiger aufwenden muß, um gegen den leistungsunwilligen Schuldner die Zwangsvollstreckung durchzuführen und so den unbegründeten Widerstand des Schuldners zu brechen.[8] Von diesem Sprachgebrauch aus wenig überzeugenden juristischen Gründen abzuweichen, liegt kein Anlaß vor. Dagegen sprechen auch die oben erwähnten unerfreulichen, praktischen Folgen.

Auch aus dem durch die Novelle vom 1. Juni 1909 dem Absatz 1 zugeführten zweiten Satz, nach dem zu den Kosten der Zwangsvollstreckung auch die Kosten der Ausfertigung und Zustellung des Urteils gehören, läßt sich ein Argument für die herrschende Ansicht nicht herleiten, denn einmal ist das in diesem Zusatz enthaltene selbstverständlich und weiter läßt sich der Schluß nicht rechtfertigen, daß andere der Zwangsvollstreckung dienende Kosten, die nicht besonders erwähnt sind, wie z. B. die Kosten für die Beschaffung der zur Erlangung der vollstreckbaren Ausfertigung nötigen Urkunden (§ 706, §§ 726—729 II, 792 ZPO). nicht unter § 788 ZPO. fallen sollten.[9]

Daß nach der obigen Definition Baumbachs, die auch hier zu Grunde gelegt wird, die Kosten der Beibringung einer Sicherheit zum Zwecke der Ermöglichung einer Zwangsvollstreckung unter die nach § 788 ZPO. erstattungs-

7) OLG. Naumburg i. JW. 27, 531.
8) Baumbach, § 788, 1, 2 B.
9) So Seuff. i. Bayr. Zschft. f. Rechtspfl. 07, 443.

fähigen fallen, versteht sich von selbst. Die Rechte des Schuldners werden auch in diesem Falle vollkommen gewahrt, da auch innerhalb des § 788 eine Prüfung in der Richtung zu erfolgen hat, ob die tatsächlich entstandenen Kosten als notwendig im Sinne des § 91 anzusehen sind und der Schuldner auf dem Wege des § 766 ZPO. Bedenken in dieser Beziehung vor Gericht geltend machen kann.[10]

Schlußbemerkungen.

Unsere Betrachtungen haben ergeben, daß auf dem Gebiete der Sicherheitsbürgschaft noch viele Fragen, die jetzt theoretisch gelöst sind, der praktischen Regelung harren. Eine solche kann aber nur durch Gesetz erfolgen. Solange dies noch nicht geschehen ist, werden die verschiedenen Gerichte verschiedene Standpunkte einnehmen und einnehmen können, so daß eine Einmütigung auf diesem Wege nicht zu erzielen wäre. Daß diese Meinungsverschiedenheiten auf Kosten der praktischen Durchsetzung der Sicherheitsbürgschaft gehen, braucht nicht erst erwähnt zu werden: Solange eine einheitliche Regelung nicht getroffen ist, werden die Parteien sich hüten, von dem so bestrittenen Rechtsinstitut in größerem Umfange Gebrauch und sich selbst unnötige Schwierigkeiten zu machen.

Auch hier zeigt es sich wieder, daß die Gelegenheitsnovellengesetzgebung von Uebel ist. Man kann nicht fortgesetzt an dem System und Aufbau des Zivilprozesses ändern und flicken und dabei einzelne Stücke zur Neubearbeitung herausgreifen, ohne daß darunter die Güte der Rechtspflege litte.

Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Sicherheitsbürgschaft sind schon von Breit gemacht worden. Die dort erwähnten Zweifelsfragen sind aber zum großen Teil hier berücksichtigt und gelöst worden, zum anderen treffen sie nicht zu. Insbesondere kann der Forderung Breits, die Sicherheit im Interesse des Bürgen so zu leisten, daß die Originalbürgschaftsurkunde hinterlegt wird, nicht beigetreten werden. Breit geht von folgenden Erwägungen aus:

10) Wie hier: Baumbach, a.a.O., Förster-Kann, § 788, 2a. Weber i. ZZP. 28, 499.

Während im gewöhnlichen Bankverkehr die Originalurkunde fast stets dem Gläubiger ausgehändigt werde, sei dies bei der Sicherheitsbürgschaft die Ausnahme. Hier bleibe das Original meistens im Besitze des Sicherheitsverpflichteten. Kehre diese Urkunde nun zur Bank zurück, so werde die Bank der Ansicht sein, daß sich die Bürgschaft erledigt habe und die von ihr zu ihrer Sicherheit gesperrten Effekten oder dergleichen des Verpflichteten freigeben. Da nun durch Rückgabe der Bürgschaftsurkunde die Haftung der Bank nicht erlösche, könne daher der Fall eintreten, daß die Bank auf ihre Sicherheiten verzichte und dennoch später aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde. Diese Gefährdung der Bank müsse nun ausgeschlossen werden. Dies könne man dadurch erreichen, daß das Original der Urkunde bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt und nur auf Anordnung des Gerichtes zurückgegeben werde.

Hierzu ist nun zu bemerken, daß eine Notwendigkeit, einer falschen Rechtsauffassung einen besonderen Schutz zu gewähren, nicht besteht, ferner aber, daß die Bank die Sicherheiten ja erst freizugeben braucht, wenn der im § 7 erwähnte Feststellungsbeschluß das Bürgschaftsverhältnis gelöst hat, und dieser Beschluß der Bank vorgelegt wird. Zum Schutze des Bürgen aber das Verfahren der Sicherheitsbürgschaft durch Hinterlegung der Urkunden weiter zu komplizieren und zu vertrauen, dazu besteht kein Anlaß.

Bedeutsamer ist dagegen ein anderes Bedenken: Es ist für den Sicherheitsberechtigten von größter Bedeutung, daß er nach Eintritt der Fälligkeit seine Ansprüche so schnell wie möglich in den Besitz der ihm zukommenden Beträge gelangt. Der Umweg über eine besondere Klage gegen den Bürgen läßt den Berechtigten erst nach Jahr und Tag zu seinem Gelde kommen. Die Notwendigkeit der Prozeßführung läßt sich nun auch nicht dadurch vermeiden, daß der Bürge sich in einer vollstreckbaren Urkunde nach § 749 Zf. 5 ZPO. der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Da nämlich zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft noch nicht feststeht, in welcher Höhe dem Berechtigten ein Schaden entstehen wird, so kann die Bürgschaft immer nur in unbestimmter Höhe übernommen werden. Eine solche Urkunde entspricht aber nicht den Erfordernissen des § 794, da diese auf eine bestimmte Geldsumme lauten muß.

Eine Lösung kann hier nur derart getroffen werden, daß die Bürgschaftsurkunde später, nach Feststellung des Schadens in eine vollstreckbare umgewandelt werden kann. Dies ist auf dem Wege möglich, daß der Berechtigte unter Nachweis des Vorhandenseins seiner Ansprüche beim Prozeßgericht den Antrag stellt, in Höhe des entstandenen Schadens die Urkunde für vollstreckbar zu erklären. Von diesem Antrage macht das Gericht dem Bürgen Mitteilung mit der Aufforderung, binnen einer bestimmten kurzen Frist die Ansprüche entweder anzuerkennen oder deren Berechtigung unter Vorlegung entsprechender Glaubhaftmachungen zu bestreiten. Im ersten Falle wird dem Berechtigten die Vollstreckungsklausel erteilt, im letzteren wird er auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen.[11]

Die Gefahr, daß der Bürge ungerechtfertigt Widerspruch erhebt, besteht m. E. hierbei nicht, da er wohl die Kosten eines neuen, lediglich schikanösen Rechtsstreites scheuen wird, da er diese nicht auf den Hauptschuldner abwälzen kann.

Wünschenswert wäre de lege ferenda noch eine ausdrückliche Regelung der Rechtsmittel gegen die Bestimmung der Art der Sicherheit, die Lösung des Bürgschaftsverhältnisses und der Kostenfrage in dem hier besprochenen Sinne.

---

11) So auch Breit i. JurRdsch. 1926, 225.

Lebenslauf.

Ich, Hans Herbert Dietrich Paetzold, bin am 23. September 1906 in Gnesen, Provinz Posen, als Sohn des königl. Preuß. Amtsrichters Walter Paetzold und seiner Ehefrau Lucy, geb. Helbing, geboren.

Nach Besuch der ersten Vorschulklassen kam ich auf das Fichtegymnasium in Berlin und nach dem Tode meines Vaters, der 1915 fiel, auf das Kadettenkorps in Wahlstatt bei Liegnitz.

Meine Reifeprüfung bestand ich am 9. März 1925 auf dem Realgymnasium am Zwinger zu Breslau.

Ich studierte sodann je 2 Semester in Bonn und München, weitere 4 in Berlin.

Am 2. Mai 1929 bestand ich vor der Prüfungskommission am Kammergericht zu Berlin mein erstes juristisches Staatsexamen und wurde am 8. Juni 1929 zum Referendar ernannt.